

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT COUTUMIER FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 31 octobre 1907, à 3 heures

PAR

MARCEL BANCHET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LEFEBVRE.

Suffragants : { MM. CHÉNON, }
GARÇON, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907



Digitized by the Internet Archive
in 2026

la médecine et la chirurgie, soutenu par
un jury de cinq membres, et par
un jury de cinq membres.

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT COUTUMIER FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Jeudi 31 octobre 1907, à 3 heures

PAR

MARCEL BANCHET

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LEFEBVRE.

Suffragants : { MM. CHÉNON,
GARÇON, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1907



BIBLIOGRAPHIE

- Aron.** — La législation successorale de la Révolution, Paris, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1902.
- Brissaud.** — Manuel d'histoire du droit français, 2 vol., 1904.
- Bures.** — Les successions dans la Coutume de Saintonge. Thèse, Paris, 1900.
- Dufrène.** — De la représentation successorale en droit français. Thèse, Paris, 1886.
- Dournes.** — Des successions dans le Hainaut. Thèse, Lille, 1898.
- Escarra.** — Des successions aux biens réels dans les Coutumes anglo-normandes. Thèse, Paris, 1903.
- Espinay (d').** — La Coutume d'Anjou en 1411. Paris, 1886.
- Girard.** — Manuel de Droit romain. 4^e édit., 1906.
- Glasson.** — Le droit de succession au Moyen-Age. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1892. — Histoire du droit et des institutions de la France, t. VII.
- Guenoys.** — La Conférence des Coutumes tant générales que locales. Paris, 1596.
- Guittou.** — Du droit successoral dans les Coutumes du Grand'Perche. Thèse, Paris, 1906.
- Jarriand.** — Histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit. Thèse, Paris, 1889.
- Julien.** — Nouveau Commentaire sur les statuts de Provence. Aix, 1778.
- Laveleye (de).** — La propriété et ses formes primitives. 4^e édit., 1891.
- Lorin.** — Le droit successoral dans la Coutume de Montfort-l'Amaury. Thèse, Paris, 1906.
- Loysel.** — *Institutes Coutumières*. Annotées par Eusèbe de Laurière. Edit. Paris, 1846.
- Marnier.** — Etablissements et Coutumiers, assises et arrêts de l'Echiquier de Normandie au XIII^e siècle. Paris, 1839.
- Montaubin.** — Du droit successoral dans les Coutumes Angevines. Thèse, Paris, 1898.
- Planiol.** — Traité de Droit civil, t. III.

Sagnac. — La législation civile de la Révolution française, la propriété et la famille. Paris, 1898.

Thourette. — Coutumes du Comté et Bailliage de Montfort-l'Amaury. Paris, 1731.

Vallier. — Le fondement du droit successoral en droit français. Thèse, Paris, 1902.

Viолет. — Histoire du droit civil français. 3^e édit. 1905.

Van de Walle. — Le régime successoral dans les Coutumes de Flandre. Thèse, Caen, 1902.

DE LA REPRÉSENTATION SUCCESSORALE

DANS

L'HISTOIRE DU DROIT COUTUMIER FRANÇAIS

INTRODUCTION

LES ORIGINES DE LA REPRÉSENTATION.

Il est impossible d'étudier la représentation en droit coutumier sans retracer dans ses grandes lignes les caractères principaux des institutions successorales coutumières ; d'autre part, il convient de montrer les origines du droit coutumier pour se rendre compte des influences qui ont dominé ce droit et qui lui ont imprimé ses traits particuliers. A ce point de vue, on peut poser en principe que la législation coutumière a emprunté ses éléments aux institutions romaines, germaniques, canoniques et féodales.

D'abord, l'influence du droit romain sur les institutions coutumières n'est pas douteuse : après la conquête des Gaules par Jules César, la domination romaine a

régné pendant plus de cinq siècles ; dans leur dernière expression, les règles romaines étaient résumées dans les documents suivants : le Code Théodosien était suivi dans l'Empire Franc, le Papien était en vigueur dans le royaume Burgonde, enfin les Wisigoths étaient régis par le Bréviaire d'Alaric ; et, de tous les documents législatifs de cette époque, ce dernier incontestablement exerça une influence prépondérante. Ce sont ces trois recueils qui représentent la tradition romaine, et qui ont fourni comme apport un premier contingent de principes juridiques à la formation du droit coutumier. Plus tard, au ^{xii}^e siècle, sous l'influence de l'Ecole des Glossateurs de Bologne, se produisit une renaissance des études de droit romain, qui prit pour base de ses travaux non le Code Théodosien, mais le Code de Justinien, et cette école, à son tour, exerça une profonde influence sur la pratique judiciaire.

Le droit romain qui est contenu dans ces documents n'est pas d'ailleurs celui de l'époque primitive. Le régime successoral que nous y rencontrons n'est plus celui qu'avaient établi les premiers Romains, dans un but purement politique, sans tenir compte des affections de famille ; c'est un système destiné à donner satisfaction aux liens du sang et fondé avant tout sur le respect des affections naturelles. Toutefois, le Code Théodosien, à la différence de celui de Justinien, contient encore quelques vestiges des préoccupations politiques qui avaient présidé, au début, à l'organisation des

successions. C'est ainsi que la règle fameuse *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* se rencontre encore dans ce Code ; de même la prédominance traditionnelle de la succession testamentaire sur la succession légitime se reconnaît à ce trait que la succession légitime ne s'ouvre qu'en l'absence de tout testament valable. Mais le Code de Justinien, de même que celui de Théodose, consacre la règle de l'unité du patrimoine quant à la transmission de ce dernier. On ne distingue pas, pour les assujettir à des principes de dévolution différents, les biens héréditaires familiaux ou *familia* et les biens personnels au défunt acquis par son travail ou *pecunia*.

Quant à l'ordre successoral, on sait que les règles du droit romain à cet égard ont varié : l'ancien droit civil, représenté par la loi des XII Tables, reconnaît trois ordres d'héritiers : les *heredes sui*, les *agnats* et les *gentiles*. Chaque ordre exclut le suivant. Les *heredes sui* sont tous ceux qui se trouvaient sous la puissance paternelle du défunt, au jour de son décès. Ils sont appelés ensemble en vertu de l'ancienne idée qu'il y a entre eux et le *paterfamilias* copropriété des biens. Au point de vue de la représentation, on peut affirmer qu'elle existait dans cet ordre ; bien plus, la représentation des pères de famille prédécédés, par leurs enfants, avait lieu de plein droit, puisque les *sui* étaient appelés en bloc. Au contraire, parmi les *agnats*, celui ou ceux qui étaient le plus proches au degré héritaient seuls. Mais, lorsque

l'un d'eux ne venait pas à la succession, y avait-il dévolution à l'*agnat* subséquent ? C'est là une question très douteuse. Enfin le troisième ordre était constitué par les membres de la *gens* à laquelle appartenait le *de cujus*.

Le système successoral de l'ancien droit civil négligeait trop les affections naturelles, et prêtait à la critique en ce sens qu'il laissait de côté des personnes qui se rattachaient cependant au défunt par un lien étroit de parenté. C'est ainsi que les descendants du défunt émancipés par lui, ceux donnés en adoption, enfin les *cognats* ne succédaient pas *jure civile* ; d'autre part, lorsque le *de cujus* était une femme, comme elle ne pouvait pas exercer la *patria potestas*, ses enfants ne lui succédaient pas comme *heredes sui*, et ils ne lui succédaient comme agnats que si elle était *in manu* ; cette hypothèse devint de plus en plus rare, car la *manus* commença à tomber en décadence à l'époque d'Auguste. La femme ne pouvait donc avoir pour héritiers ses propres enfants. Mais ce droit rigoureux, répondant à une conception politique, et étranger aux affections de famille, fut peu à peu corrigé par le préteur.

Déjà, du temps d'Auguste, Labéon enseigne qu'il y avait quatre ordres de successeurs *ab intestat* : 1° les *liberi* : la *honorum possessio unde liberi* appelle à la succession du défunt les *heredes sui* et tous ceux qui avaient perdu cette qualité par suite d'une émancipation, ou qui, donnés en adoption, avaient été émancipés par le père adoptif.

2° Les *legitimi*, c'est-à-dire les *agnats*, les *gentiles* et tous les héritiers du droit civil sont appelés à la succession par la *bonorum possessio unde legitimi*.

3° Par la *bonorum possessio unde cognati* arrivent les *cognats*, c'est-à-dire les parents, soit par les hommes, soit par les femmes, jusqu'au 6° degré, et jusqu'au 7° pour les enfants issus de germains. Cette *bonorum possessio* est la réforme principale accomplie par le préteur ; elle était destinée à modifier d'une manière importante la dévolution héréditaire admise jusque là. Elle appliqua un principe nouveau, d'après lequel les liens du sang sont préférés aux considérations politiques pour déterminer la dévolution successorale (1).

4° La succession entre époux fut assurée par la *bonorum possessio unde vir et uxor* ; elle fut très utile surtout depuis la disparition de la *manus*, puisque les époux, en droit civil, devinrent, après cette époque, étrangers l'un à l'autre.

Ces réformes prétoriennes étaient encore insuffisantes ; le système successoral, amélioré par elles, présentait encore des lacunes, dont la plus surprenante était l'impossibilité pour la mère de succéder à ses enfants, et pour ceux-ci d'hériter de leur mère. Des sénatus-consultes vinrent remédier à cette situation. Le sénatus-consulte Tertullien, rendu sous Adrien, entre 117 et 138 après Jésus-Christ (2), admet la mère à succéder à

(1) Girard, *Manuel*, 4^e éd., 1906, p. 343.

(2) Girard, p. 845, note 3.

ses enfants. Un peu plus tard, le sénatus-consulte Orfitien, rendu sous Marc-Aurèle et Commode, en 178 après Jésus-Christ, vint appeler les enfants à la succession de leur mère. En 389, les Empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius complétèrent le sénatus-consulte Orfitien par deux dispositions : désormais, les petits-enfants succèdent à leur grand'mère ou bisaïeule, en laissant $\frac{1}{4}$ aux agnats ; les petits-enfants *ex filia* succèdent au grand-père maternel, en laissant $\frac{1}{3}$ aux *sui* ou $\frac{1}{4}$ aux agnats, suivant le cas.

Tel est le système successoral qu'on rencontre dans le Code Théodosien ; il est encore dominé par l'idée que la parenté civile doit l'emporter sur la parenté naturelle, de même que la parenté par les hommes confère plus de droits que la parenté par les femmes.

Après Théodose, le droit romain a continué à se développer jusqu'à Justinien ; la Gaule ne profite pas, tout d'abord, de ce développement parce que, à l'époque où Justinien promulgua ses Compilations, elle était aux mains des Francs. Sans doute, les Nouvelles se répandirent en Gaule sous la forme abrégée de l'Epitome du professeur Julien. Mais, jusqu'au ix^e siècle, l'anarchie, à la suite de laquelle va se former la féodalité, met obstacle à une étude approfondie du droit romain, et ce n'est qu'à partir du xii^e siècle que, grâce à une renaissance de cette étude, le droit romain commence à exercer une influence féconde sur les pays coutumiers.

Justinien avait, par la Nouvelle 118, décidé de réfor-

mer et de refondre entièrement les dispositions applicables aux successions. Il n'a pas supprimé l'ancienne incompatibilité entre l'hérédité testamentaire et la succession *ab intestat*. D'autre part, l'hérédité apparaît toujours comme une institution du *jus* civile. Mais il n'est plus nécessaire d'être *sui juris* pour transmettre par succession : le fils de famille peut laisser une succession *ab intestat*, en tant qu'il s'agit de ses pécules *castrens* ou *quasi castrens*, ou même de la nue-propriété de son pécule adventice. Les changements apportés au régime antérieur par Justinien dans sa Novelle 118 de l'année 543, complétée en 547 par la Novelle 127, sont dominés par une idée générale : désormais, il ne sera plus tenu compte que de la parenté naturelle, et toute différence est supprimée entre les descendants par les mâles et les descendants par les femmes. Seul le degré de parenté est pris en considération comme répondant à l'affection présumée du défunt.

Trois ordres d'héritiers sont établis : le premier, qui exclut tous les autres, est celui des descendants. Tous les descendants, fils ou filles, sont appelés à la succession, et, pour déterminer leurs droits, on suit le principe de la proximité du degré, combiné avec celui de la représentation. Quand il n'y a de descendants que dans une seule souche, ils excluent les plus éloignés. C'est ainsi que le fils du défunt exclut son propre fils, petit-fils du *de cujus*. Mais, les petits-enfants sont appelés à représenter leur père prédécédé et à concourir

avec leur oncle ; le partage, en ce cas, a lieu par souche, *per stirpes*. La Novelle 118 ne se prononce pas sur le point de savoir comment aura lieu le partage, lorsque tous les enfants du premier degré sont prédécédés et que la succession est dévolue aux petits-enfants. Ceux-ci vont-ils partager par tête ou bien par souche ? On admet généralement que, dans ce cas, la représentation fonctionne, entraînant le partage par souche (1).

La deuxième classe d'héritiers comprend les ascendants et les frères et sœurs germains ; ce sont les collatéraux privilégiés, qui sont appelés à concourir avec les ascendants. Si l'un des collatéraux est décédé laissant des enfants, la Novelle 127 confère à ceux-ci le droit de venir par représentation à sa place. Dans ce cas, les frères et sœurs germains concourent avec leurs neveux et nièces au premier degré, représentant leur père et le partage s'opère *per stirpes*. D'ailleurs, quand les frères et sœurs germains sont tous prédécédés, il n'y a plus lieu à représentation ; la succession est dévolue aux ascendants et ceux-ci partagent par tête.

Enfin, en troisième ordre, arrivent les autres collatéraux, c'est-à-dire les frères et sœurs consanguins et utérins, puis les neveux et nièces, petits-neveux et petites-nièces, oncles et tantes, etc. La représentation n'est pas admise dans cet ordre ; le partage est effectué par souche et non par tête.

Après le droit romain, le droit germanique est venu

(1) Cf. Girard, p. 847.

contribuer pour une fraction à la formation du régime successoral coutumier. Parmi les lois barbares qui ont exercé une influence en Gaule, il faut attribuer un rôle particulier à la Loi Salique, à la Loi Ripuaire, à la Loi Burgonde, enfin à celle des Wisigoths. Ces lois décrivent les institutions germaniques en vigueur au v^e siècle, lesquelles se sont probablement modifiées dès les invasions, au contact du droit canonique et du droit romain. Il résulte de ces lois que, contrairement au principe romain, c'est la succession légitime qui est la règle, règle nécessaire, puisque les Germains ne connaissaient pas le testament (1). Les héritiers sont appelés à succéder par parentèles ; les différentes parentèles ont un point de départ commun : le *de cujus*, et elles comprennent, à mesure qu'elles s'élargissent, des parents de plus en plus éloignés.

La première parentèle comprend tous les descendants du défunt ; dans la deuxième, figurent le père et la mère du défunt et ceux qui descendent d'eux, c'est-à-dire les frères et sœurs de *de cujus*. Dans la troisième, on trouve les grand-père et grand'mère du défunt et ceux qui en descendent, etc. Au v^e siècle après Jésus-Christ, la règle du partage égal s'applique entre les héritiers, et on ne connaît aucune distinction fondée sur l'âge ou le sexe. Il n'y a aucune exception à cette égalité du partage, attendu que la représentation n'existe pas en droit germanique. Si, parmi les fils du défunt, il en est qui sont prédécédés laissant des enfants, ceux-ci sont primés par

(1) Tacite, *De Germania*, par. 20.

les autres fils du *de cujus* ; l'oncle exclut toujours son neveu.

Sans doute, la loi Burgonde admet, dans une certaine mesure, la représentation quand il y a eu un partage d'ascendants.

Mais quand il n'y en a pas eu, les petits-enfants n'ont aucun titre pour venir à la succession de l'aïeul ; ils sont primés par les autres enfants du défunt. Le motif pour lequel le partage d'ascendants apporte ici une dérogation au droit commun, c'est que les petits-enfants ont puisé dans ce partage une vocation héréditaire propre, leur permettant de prendre la part de leur père par représentation.

Ce fut en vain qu'en 596 Childebert II essaya d'introduire la représentation en Austrasie ; les textes montrent que cette tentative n'eut aucun succès. En effet, des formules franques du *vii^e* siècle rapportent que le grand-père rappelle par testament à sa succession des petits-enfants qui en étaient exclus ; il y avait alors, non pas représentation, mais application d'une institution toute différente : le rappel à succession. C'est la preuve évidente que le principe germanique de non-représentation s'était maintenu malgré les tentatives faites pour l'écarter (1).

On peut dire que c'est surtout sous l'influence germanique que l'exclusion des petits-enfants a subsisté jusqu'au *xii^e* siècle, époque à laquelle apparut la représentation.

(1) Cf. Marculfe, liv. II, *Formules* n^{os} 40 à 42.

Si tous les enfants du premier degré sont prédécédés, les petits-enfants sont appelés à la succession. Dans ce cas, comment vont-ils partager, par têtes ou par souche ? Il semble qu'on n'a jamais admis le principe de la représentation à l'effet de les appeler au partage par souche (en ce sens, édition de la *Loi Salique*, donnée par Hérold).

Dans la deuxième parentèle, le père et la mère sont appelés conjointement et partagent par tête ; s'il n'y a ni père ni mère, la succession est dévolue aux frères et sœurs du *de cujus* qui font partie de la même parentèle que ses père et mère, sans distinction de sexe, conjointement et par têtes. Ici encore la représentation est inconnue. Et il semble qu'on ne chercha pas à l'introduire dans cet ordre, car Childebert II, qui s'efforce, par son Edit de 596, d'établir la représentation, décide précisément qu'il n'y aura pas lieu de l'étendre à cette hypothèse.

Telles sont les règles générales présidant à la dévolution des successions germaniques ; il convient d'ajouter une remarque s'appliquant aux immeubles : les femmes sont exclues en principe de la succession immobilière. Les coutumes germaniques ont donc été contraires à l'admission de la représentation.

Le droit canonique a eu également sa part d'influence dans la formation du droit successoral coutumier. Il a propagé l'usage du testament emprunté au droit romain, et, grâce à l'Eglise, le testament s'est étendu

même aux pays du Nord. L'Eglise recommandait le testament comme moyen d'encourager le défunt à faire des legs, notamment des legs pieux. Mais on se servit du testament dans un autre but, notamment pour corriger les injustices de la loi successorale. Les formules de Marculfe démontrent qu'on pouvait par testament rappeler à la succession un petits-fils qui, en l'absence de représentation, était exclu par son oncle (1). D'ailleurs, à raison de son caractère religieux, le testament est scrupuleusement exécuté par les héritiers.

Le droit féodal a contribué aussi à la formation du droit coutumier. Il avait des règles particulières, concernant le régime des fiefs ; les principales sources de ce droit sont assurément les *Libri feudorum lombards* et les *Assises de la Haute Cour de Jérusalem* ; il faut aussi consulter les chartes de concessions des fiefs. Le plus généralement, la concession est faite à la fois à un individu et à ses héritiers en ligne directe ; cette formule a un caractère restrictif qui se reconnaît aux trois traits suivants : d'abord, tous les descendants du 1^{er} concessionnaire sont appelés d'avance à la succession au fief ; il y a, en ce qui les concerne, une véritable substitution perpétuelle ; à l'inverse, le fief ne peut remonter ; les ascendants du défunt ne sont pas appelés à le recueillir ; enfin, pour en hériter, les collatéraux doivent descendre du premier concessionnaire.

(1) Marculfe, II, 10.

La première de ces règles surtout nous intéresse ; du moment que tous les héritiers en ligne directe ont un droit égal à la succession au fief, il en résulte que la représentation est admise : les petits-fils nés d'un fils viendront recueillir le fief dans la succession du défunt à la place de leur père prédécédé. C'est là du moins une règle qui est consacrée par les *Libri feudorum* au ^x^e siècle, en Lombardie (I. 8) et qui a été recueillie comme une tradition romaine. Mais cette règle n'a pas passé en France, où prédominait la tradition germanique, hostile à la représentation. Le vieux droit féodal français accepta d'autres règles, et, en raison des nécessités du service militaire, les privilèges de masculinité et de primogéniture s'introduisirent sans difficulté. Enfin, les ascendants ne succèdent pas au fief.

En définitive, si la représentation a pu être accueillie à une certaine époque de notre ancien droit, c'est à la tradition romaine qu'il faut attribuer le mérite de cette survivance. Pour suivre le développement historique de l'idée de représentation, nous sommes donc amené à présenter quelques développements sur la manière dont la représentation a fonctionné à Rome.

Elle n'a assurément pas été imaginée par la loi des XII Tables, bien qu'en fait, le système successoral des XII Tables soit arrivé au même résultat que si la représentation avait été reconnue. La représentation suppose, en effet, que la personne qui en bénéficie possède une vocation héréditaire personnelle, bien qu'elle exerce

les droits d'autrui ; or, les trois ordres de successibles créés par la loi des XII Tables (*heredes sui, agnats et gentiles*) ne confèrent de vocation héréditaire qu'à la personne qui, dans chacun de ces ordres, se trouve placée sous la puissance immédiate du défunt ; les enfants de cette personne n'ont aucune vocation héréditaire propre ; il ne saurait donc être question pour eux d'invoquer la représentation. Mais, le résultat auquel aboutit cette législation est le même que si la représentation était admise. En effet, lorsque le fils d'un *paterfamilias* vient à mourir, le petit-fils prend immédiatement sa place, et, se trouvant désormais sous la puissance immédiate de son aïeul, il devient héritier sien. Il y a donc représentation au sens large, puisque le petit-fils vient prendre la place de son père dans la succession du chef de famille et exercer tels quels les droits de son auteur. Cette idée est encore confirmée par ce fait que, lorsque le père de famille vient à mourir, laissant à la fois des enfants et des petits-enfants d'un fils prédécédé, ces derniers ne prennent dans la succession que la part qui revenait à leur père, pour se la partager ensuite entre eux. Un semblable mode de procéder est caractéristique de la représentation ; celle-ci fut donc pratiquée à Rome dès le début sans aucune consécration officielle. Toutefois, la représentation reposait sur la constitution hiérarchique de la famille romaine et non sur un sentiment d'affection présumé de la part du défunt vis-à-vis de ses petits-enfants.

La représentation n'a été véritablement réglementée qu'à la fin de la civilisation romaine ; ce sont les Novelles 118 et 127 qui l'ont organisée, en lui donnant comme fondement l'affection présumée du défunt pour les petits-enfants qui remplacent un enfant disparu. « Si quem descendantium filios relinquentem mori contigerit, illius filios aut alios descendentes in proprii parentis locum succedere, sive sub potestate defuncti, sive suæ potestatis inveniantur ; tantam de hæreditate morientis accipientes partem quanticumque sui, quantam eorum parens, si viveret, habuisset ; quam successionem in stirpes vocavit antiquitas » (Nov. 118, ch. 1). Justinien reconnaît donc qu'ici, en ligne directe descendante, les petits enfants prennent la place de leur père, montent dans son degré et le représentent. Il n'y a d'ailleurs aucune différence se rattachant au sexe ; les descendants par les mâles comme par les femmes sont admis à en profiter, et ce sont encore les principes de la représentation qui s'appliquent dans l'hypothèse où, tous les enfants du 1^{er} degré étant décédés, la succession est transmise à des petits-enfants : c'est, en effet, une règle propre à la représentation, le partage par souche, qui s'applique au lieu du partage par têtes. C'était déjà le principe adopté par les Institutes : « Si ex duobus filiis nepotes neptesve extant, ex altero unus forte aut duo ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia » (*Inst.* Liv. III, tit. 1, § 6, *in fine*). Et le paragraphe 16 du

même titre contient encore le passage suivant qui est caractéristique : « *Ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non capita sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios et nepotes ex filiâ distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alios deinceps personas.* »

Ces textes s'harmonisent parfaitement avec la Novelle 118, et ils sont suffisamment larges pour s'appliquer à toutes les hypothèses, aussi bien au cas où des petits-enfants de souches différentes arrivent seuls à la succession, qu'à l'éventualité où ils se trouvent en concours avec des oncles ou des tantes.

Mais, si la représentation a été consacrée par Justinien au profit des descendants, il l'a écartée au contraire en ligne directe ascendante : le père exclut toujours l'aïeul et ainsi de suite. Toutefois, si les ascendants les plus éloignés ne peuvent utiliser la représentation pour concourir avec les plus proches, celle-ci fonctionne cependant dans une certaine mesure, lorsqu'il y a concours entre plusieurs ascendants au même degré, dont les uns appartiennent à la ligne paternelle et les autres à la ligne maternelle : « *Si eundem habeant gradum, ex æque inter eos hæreditas dividatur ut mediatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes quanticumque fuerint, medientem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscumque eos inveniri contigerit.* » Mais faut-il conclure de ce passage qu'il y a ici une véritable représentation ? Assurément non ; la situation est la suivante :

la succession est partagée en deux moitiés, dont l'une est attribuée aux ascendants paternels et l'autre aux ascendants maternels. Cette division répond à une idée de justice ; il n'y a rien de plus naturel que de conférer des droits égaux aux deux lignes, puisque chacune possède autant que l'autre un titre à l'affection du défunt. Mais, la preuve qu'il ne s'agit pas dans cette hypothèse de représentation, c'est que, une fois le partage opéré, le parent le plus proche de chaque ligne exclut le plus éloigné. Un seul des effets de la représentation, le partage par souches, au lieu du partage par tête, est produit ; mais, il ne faut pas aller plus loin.

La représentation n'a pas été établie par Justinien seulement en ligne directe et descendante ; la Nouvelle 118, chap. III, étend la représentation à la ligne collatérale : « Si autem defuncto fratres fuerint et alterius aut sororis præmortuorum filii, vocabuntur ad hæreditatem isti cum de patre et matre thiis masculis et feminis ; et quanticumque fuerint, ex hereditate tantam percipient quantam eorum parens futurus esset accipere, si supertes esset. » Seulement, il y a cette différence entre la représentation en ligne directe et la représentation en ligne collatérale que la première fonctionne indéfiniment au profit des petits-enfants, tandis que la représentation collatérale est limitée dans son application aux descendants du premier degré des frères et sœurs germains. Le petit-neveu n'est pas appelé à en bénéficier : « Hujus modi vere privilegium in hoc ordine cognationis solis

præbemus fratrum masculorum et feminarum filiis aut filiabus ut in suorum parentum jura succedant. Nulli enim alii omnine personae ex hoc ordine venienti hoc jus largimur. » La représentation n'avait donc pas en ligne collatérale la même importance qu'en ligne directe descendante ; elle ne pouvait être invoquée que par un nombre bien plus limité de collatéraux. Les collatéraux qui pouvaient invoquer la représentation étaient, en un certain sens, des collatéraux privilégiés, puisqu'ils avaient une vocation héréditaire plus forte que celle des autres parents du défunt. C'étaient les frères et sœurs germains et leurs descendants au premier degré ; leur privilège pouvait aboutir à ce résultat que les descendants au premier degré de frères et sœurs germains arrivaient à primer les collatéraux ordinaires aussi proches et même plus proches qu'eux ; cette remarque est faite d'ailleurs par le texte de la Novelle 118, chap. III : « Si forte præmortuus frater cujus filii vivunt, per utrumque parentem nunc defunctæ personæ jungebatur superstitēs autem fratres per patrem solum forsā aut matrem ei jungebantur, præponantur istius filii propriis thiiis, licet in tertio sint gradu (sive a patre sive a matre sint thii, et sive masculi sive feminae), sicut eorum parens præponeretur si viveret. »

La représentation admise par la Novelle 118 en ligne collatérale, ne produisait pas seulement des effets restreints quant au nombre des héritiers qui pouvaient l'invoquer ; elle ne leur procurait l'avantage de les appe-

ler à la succession qu'autant qu'ils se trouvaient en concours avec des oncles et tantes du défunt ; mais, lorsque les enfants de frères ou sœurs germains étaient en présence d'ascendants et de frères et sœurs du *de cujus*, c'étaient seulement ces derniers qui avaient droit à l'hérédité, et ils se la partageaient entre eux à l'exclusion des neveux et nièces du défunt. Il y avait là une certaine iniquité à laquelle la Novelle 127 vint mettre fin : « Si quis relinquat ascendendum aliquem et fratres et alterius moriens præmortui fratris filios, cum ascendentibus et fratribus vocentur, etiam præmortui fratres filii. » Par suite de cette réforme, les enfants de frères et sœurs germains furent appelés à la succession, comme représentant leur père et partagèrent entre eux par souche et non par têtes.

Nous avons vu d'ailleurs que, lorsque les frères et sœurs germains sont tous prédécédés, peu importe que certains d'entre eux aient laissé des enfants ; la représentation ne fonctionne plus. C'est ce qui résulte, à n'en pas douter, de la comparaison des Novelles 118 et 127. La première appelle les frères et sœurs germains en concours avec les ascendants à la succession ; mais, par son silence, elle exclut les neveux et nièces ; d'autre part, la Novelle 127 confère bien à ces derniers des droits, lorsqu'ils sont en concours avec des oncles ou tantes du défunt ; mais elle limite la représentation à cette hypothèse ; par conséquent, comme il s'agit d'une institution exceptionnelle, dérogeant à l'ordre général

des successions, on doit logiquement en conclure que le silence de la Novelle, en cas de prédécès des frères et sœurs germains du défunt, signifie que le bénéfice de la représentation est refusé au neveu lorsque tous les frères et sœurs sont morts.

Enfin, pour en terminer avec la législation romaine de la dernière époque, signalons que la représentation fut admise à l'effet de permettre aux neveux et nièces du défunt de succéder à l'exclusion des oncles ou tantes. En effet, bien que le degré de parenté unissant toutes ces personnes au défunt fût le même (le 3^e), les neveux et nièces, par l'effet de la représentation, gagnaient un degré sur leurs concurrents, et, par suite, devaient exclure les collatéraux qui ne pouvaient comme eux se prévaloir de la représentation. Telle est d'ailleurs la solution qui découle de la Novelle 118, ch. III, PP, *in fine* : « Quando quidem igitur fratris et sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in propriorum parentum succedentes locum, soli in tertio constitui gradu cum iis qui in secundo gradu sunt, ad hæreditatem vocentur, illud palam est quia thiis defuncti masculis et feminis, sive a patre sive a matre præponuntur, si etiam illi tertium cognationis similiter obtineant gradum. » Ce fut, au surplus, la doctrine enseignée par l'authentique *post fratres*, où les glossateurs ont résumé le contenu d'une constitution plus récente : « Post fratres ex utroque parente et eorum filios admittuntur ex uno latere fratres sororesve cum

quibus et filii eorum, si qui ex eis jam decesserint. Hi autem cum patres sint defuncti fratribus præferuntur procul dubio ejusdem defuncti patrius et aliis similibus ; et in his successione omnino cessat sexus et agnationis ratio » (Code, VI, 8, *De leg. hered.* III). Irnerius n'hésitait pas à interpréter ce passage comme donnant au neveu préférence sur l'oncle quant à la vocation héréditaire.

Quel est le fondement de la représentation dans le système romain ? Pour la justifier, on peut faire valoir d'abord cette considération que le législateur s'est borné à rétablir en quelque sorte l'ordre naturel des transmissions. Normalement, en effet, l'enfant aurait dû survivre au défunt, recueillir la succession et la transmettre à ses propres descendants. Le fait que l'enfant n'a pas parcouru le cycle normal de son existence ne doit pas avoir pour conséquence de priver sa descendance de la succession. On peut ajouter que l'affection présumée du défunt s'étendait non seulement à ses enfants, mais encore à ses petits-enfants indéfiniment. Sans doute, l'affection que se portent mutuellement des personnes issues d'une origine commune s'affaiblit à mesure que le souvenir de cette communauté d'origine s'éloigne et disparaît. Lorsque le nombre des degrés qui séparent les deux parents est trop considérable, ils perdent le sentiment de la famille et arrivent à se considérer comme des étrangers. Mais, on a de tout temps constaté qu'il est loin d'en être ainsi en ligne

directe : l'affection du père, à la mort de l'enfant, se reporte sur les petits-enfants.

Toutefois cette idée bien ancienne ne suffit pas à expliquer tous les effets de la représentation ; elle ne rend pas compte notamment de l'une des conséquences caractéristiques de la représentation : le partage par souche. En disant que la représentation est inspirée par une affection égale du défunt à l'égard de tous ses petits-enfants, on est nécessairement amené au partage de la succession par têtes. Or, c'est le partage par souche que le droit romain a consacré. Ce résultat démontre que le législateur romain ne s'est pas attaché seulement au sentiment purement personnel que le défunt éprouve pour ses petits-enfants ; il a été dominé par l'idée d'une organisation familiale ; à la mort de l'auteur commun, il se forme autant de familles nouvelles qu'il y a d'enfants et chacune de celles-ci continue au même titre la famille originaire ; dès lors, chacun de ces groupes nouveaux doit avoir autant de droits que les autres ; peu importe le nombre de ses membres et leur degré.

CHAPITRE PREMIER

LA REPRÉSENTATION DANS L'ANCIEN DROIT.

PAYS DE DROIT ÉCRIT.

Présentons d'abord un aperçu de la législation applicable aux successions *ab intestat* dans les pays de droit écrit.

La législation de ces pays était celle du droit romain dans son dernier état, celle de Justinien, telle qu'elle résultait des Novelles 118 et 127. Cependant, si le système successoral des pays de droit écrit est conforme, dans ses grandes lignes, à la législation romaine, il faut tenir compte des modifications, souvent très importantes, introduites dans ces pays par les lois municipales et la coutume ; si bien qu'il serait absolument erroné de prétendre que les statuts des pays du midi de la France sont une reproduction servile du droit romain. De même que le droit romain a pénétré dans les pays de coutume, de même l'influence coutumière s'est fait sentir dans les pays de droit écrit.

Dans le système de Justinien, la succession *ab intestat* est conforme à l'organisation familiale de cette époque. Une évolution profonde s'était produite dans la conception de la famille. Au début, celle-ci avec sa

constitution artificielle, fondée sur la puissance du *paterfamilias*, représente un Etat dans l'Etat ; c'est une association religieuse et politique. « La famille romaine a pour colonne maîtresse la *patria potestas*....., le *paterfamilias* a une autorité absolue et presque proverbiale sur sa postérité » (1). L'antique famille civile ne pouvait se maintenir en face de l'absolutisme du régime impérial : l'omnipotence des Empereurs tendait fatalement à supprimer toute autorité secondaire pour dominer l'individu. Par suite, la famille civile se transforme et adopte de plus en plus le type de la famille naturelle. Cette évolution est achevée sous Justinien, où la famille est constituée par les seuls liens du sang et n'est plus influencée dans son organisation par aucune considération sociale ou politique. La succession, elle aussi, suit les règles du droit naturel et elle est déferée selon l'ordre présumé des affections du défunt, indépendamment de toute préoccupation d'une autre nature. L'observation prouve, d'ailleurs, que c'est vers ce type de famille qu'évoluent plus ou moins vite toutes les législations, qui, grâce à la civilisation, deviennent de plus en plus humaines et se débarrassent tôt ou tard des principes trop rigoureux consacrés au début.

Cette évolution était achevée lorsque s'est constitué le droit des pays du midi. Sous l'empire des idées qui avaient cours à la dernière époque de la législation romaine, la succession s'organise suivant des principes

(1) Girard, 4^e éd., p. 134.

qui n'ont rien d'artificiel et qui sont la consécration pure et simple des affections naturelles. L'hérédité est dévolue, en premier lieu, aux descendants suivant la proximité du degré, aux enfants avant d'arriver aux petits-enfants. Toutefois, cette règle de la proximité du degré est tempérée par le système de la représentation, sur laquelle nous reviendrons *infra*. A défaut d'enfants, la succession est déférée aux ascendants. Mais une complication surgit, lorsque le défunt laisse à la fois des ascendants et des parents collatéraux. De ces deux catégories de parents, qui va l'emporter ? Si l'on ne tenait compte que de l'affection présumée du défunt, peut-être vaudrait-il mieux donner l'avantage aux ascendants. Cependant, parmi les collatéraux, se rencontrent les frères et sœurs du défunt, qui, eux aussi, tenaient de bien près au *de cujus* ; et rien n'est plus difficile que de mesurer le degré d'affection, quand cette affection procède de deux sentiments différents. Une autre considération a porté les législateurs de droit écrit à admettre les frères et sœurs en concours avec les ascendants : convient-il d'attribuer la fortune du *de cujus* exclusivement à ses ascendants qui, plus âgés que les collatéraux, n'ont pas, comme ceux-ci, une activité leur permettant d'en tirer le meilleur emploi économique ? N'est-il pas préférable de transmettre le patrimoine entier aux collatéraux ?

Sous l'empire de ces idées, le droit écrit, à l'instar de la législation romaine des derniers siècles, s'est décidé

à établir une distinction entre les divers collatéraux, et à accorder une place à part aux frères et sœurs germains du défunt. Comme dans la Novelle 118, les ascendants vont concourir avec les frères et sœurs germains et avec les enfants de frères et sœurs prédécédés. Ainsi se forme un troisième ordre d'héritiers qui passe avant les collatéraux ordinaires. C'est la règle bien connue du privilège du double lien, en vertu de laquelle une place différente est, assignée dans la dévolution successorale, aux frères et sœurs germains, aux frères consanguins issus du même père et aux frères utérins issus de la même mère. Tandis que les frères et sœurs germains forment le troisième ordre des héritiers et sont admis même à concourir avec le deuxième ordre, les frères et sœurs consanguins et utérins sont rejetés dans le quatrième ordre des héritiers et constituent la classe des collatéraux ordinaires, exclus à la fois par les ascendants et par les frères et sœurs germains.

Cependant, dans une législation qui prétend suivre fidèlement l'ordre naturel des affections, un semblable classement ne va pas sans soulever des critiques, attendu que, si pour les frères consanguins et utérins, il n'existe pas un double rapport de parenté qui les rattache au défunt, le fait de descendre du même père ou de la même mère n'en constitue pas moins un titre leur conférant la faculté de revendiquer un droit égal dans la succession. Il est probable que le privilège de double lien, emprunté au droit du Bas-Empire, a été accueilli

volontiers dans le midi sous l'influence du principe de la conservation des biens dans les familles, qui, cher au droit coutumier, avait quelque peu pénétré dans les pays de droit écrit. Si ceux-ci avaient reconnu la vocation des frères consanguins ou utérins, avec la même étendue que celle des droits accordés aux germains, il serait arrivé que le frère consanguin aurait recueilli dans la succession des biens qui étaient parvenus au *de cujus* par la famille maternelle, alors qu'aucun lien de parenté n'unit le consanguin à la famille dont il s'agit. Ici, comme au sujet de beaucoup d'autres institutions de l'ancien droit, le principe de la conservation des biens dans les familles, qui n'avait pas laissé de trace bien marquée à Rome, a impressionné le législateur et inspiré des solutions peu en rapport avec les idées.

A défaut de frères et sœurs germains, les règles romaines du Bas-Empire s'appliquent à la lettre. Les ascendants succèdent seuls, en tenant compte de la proximité du degré, sans distinguer entre la ligne paternelle et la ligne maternelle ; de plus, ils ne sont pas admis à se prévaloir de la représentation ; cependant, si, dans chaque ligne, il y a des ascendants au même degré, le partage, au lieu de s'opérer par têtes, s'effectue par souche, la moitié de la succession allant à la ligne paternelle, l'autre moitié à la ligne maternelle.

En l'absence d'ascendants, la succession échoit aux collatéraux ordinaires et se partage entre eux selon la proximité du degré, sans qu'il y ait lieu de tenir compte davantage de la représentation.

Ajoutons que le système successoral des pays de droit écrit se rattache encore à la tradition romaine par ce trait qu'il accepte comme elle l'unité du patrimoine, et ne connaît aucune distinction des propres et des acquêts.

Le droit de représentation fut admis sans difficulté dans les pays du midi ; il parut, en effet, équitable et conforme à la conception de la famille naturelle, fondée sur les liens du sang, que les descendants d'un enfant prédécédé vinssent prendre la place de leur père et concourir avec leurs oncles à la succession du grand-père ; chaque enfant représente, en effet, une branche ; or, il est conforme aux sentiments présumés du défunt que chaque branche de sa famille soit admise à partager par souche.

Toutefois, la représentation donna lieu à des débats célèbres : on s'était demandé, d'abord, si le droit pour les neveux et nièces de venir par représentation n'était pas limité à l'hypothèse où il aurait été nécessaire, pour arriver à la succession, soit seuls, soit en concours avec d'autres, de monter à un degré plus proche ; et si, lorsque, se trouvant tous à un degré égal, ils pouvaient ainsi recueillir la succession de leur chef, les neveux et nièces ne devaient pas partager par têtes, bien qu'ils fussent issus, en nombre différent, de plusieurs frères ou sœurs du défunt. « Ce fut là, affirme M. Jarriand (1) une question des plus discutées entre Azon et Accurse. Azon se prononçait pour le partage par têtes, dans sa

(1) *Histoire de la Nouvelle* 118, Thèse de Paris, 1889, p. 164.

Somme sur le Code, au Titre : *De legitimis heredibus* : « Puto magis in capita, secus succederint cum patris suis. » Au contraire, dans sa *Somme sur le Code*, Placentin, au même titre, avait déclaré que, dans cette hypothèse, le partage devait s'opérer par souche : « Ego puto quod in stirpes veniunt. » A cette thèse se rangèrent Jean Faber et Accurse. Accurse avait édifié sur ce point un raisonnement absolument différent de celui de son maître Azon ; il enseignait que, bien que le secours de la représentation fût inutile en pareil cas pour déférer la succession aux neveux et nièces, celle-ci n'en devait pas moins être admise non seulement en ligne directe, mais aussi en ligne collatérale, en vue de procéder au partage par souche. Cette opinion rallia un certain nombre de jurisconsultes, et notamment Dumoulin, qui, sur l'article 224 de la coutume d'Anjou, déclare que la thèse d'Accurse est *justior et verior*.

La doctrine contraire d'Azon s'appuyait sur le texte de la loi II, § 2, *De suis et legitimis heredibus*, XXXVII, 16 : « Hereditas proximo adgnato, id est, ei quem nemo antecedit, defertur : et si plures sint ejusdem gradus, omnibus in capita scilicet ; ut puta duos fratres habui vel duos patruos ; unus ex his unum filium, alius duos reliquit : hereditas mea in tres partes dividetur. » Ce texte démontre qu'en ligne collatérale l'hérédité ne se partage pas par souche, mais par têtes. Sans doute, enseignait Azon, les Novelles avaient dérogé à la règle du partage par têtes, mais seulement pour l'hypothèse où les ne-

veux arrivaient par représentation. Mais toute dérogation doit être strictement limitée aux situations en vue desquelles elle a été apportée au droit commun ; le partage par souche ne peut donc s'appliquer qu'aux trois hypothèses où la représentation est utile aux neveux et nièces, pour venir à la succession, c'est-à-dire quand elle leur permet de concourir avec leurs oncles ou tantes, ou avec des frères et sœurs germains des ascendants du défunt, s'ils sont eux-mêmes descendants de frères ou sœurs germains prédécédés ; où enfin lorsqu'elle ouvre leur vocation héréditaire à l'exclusion des oncles et tantes du défunt. Mais, toutes les fois que les neveux et nièces n'ont pas besoin de la représentation pour recueillir l'hérédité, par exemple parce que les frères du défunt ont tous renoncé, le droit commun reprend son empire et le partage doit s'opérer par têtes. Azon eut gain de cause, et, aussi bien en France qu'en Allemagne, ce fut le mode de partage par têtes qui l'emporta. Cujas accepte cette doctrine (1). Henrys déclare que la controverse était depuis longtemps tranchée « par la plus commune opinion des interprètes et par les préjugés des cours souveraines en faveur de l'égalité ». Ce fut également la solution qui prévalut à la diète de Spire, tenue en 1529.

Azon avait accentué encore son opinion, et il enseignait que le partage par têtes devait s'opérer non seulement en ligne collatérale, dans l'hypothèse précitée

(1) *Exposition de la Novelle 118*, éd. 1595, III, p. 628.

mais aussi en ligne directe, lorsque les descendants arrivaient seuls à égal degré. Mais, sur ce point, l'avis d'Accurse l'emporta ; c'est ce qui ressort du Commentaire de Dumoulin sur l'article 9 du titre 12 de la coutume d'Anjou : *Semper observata fuit opinio Accursii contra Azonem quod in stirpes*. L'opinion d'Azon était en effet démentie par des textes formels des *Institutes* : « Si ex duobus filiis nepotes neptesve exstant, ex altero unus forte aut duo ex altero tres aut quatuor, ad unum aut duos dimidia pars pertinet, ad tres vel quatuor altera dimidia » (Liv. III, tit. 1, § 6, *in fine*). Le paragraphe 16 du même titre est également contraire à la théorie d'Azon : « Ut quemadmodum inter filios et nepotes ex filio antiquitas statuit non capita sed in stirpes dividi hereditatem, si militer nos inter filios et nepotes ex filiâ distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes et alias deinceps personas » (*Eod. tit.*, § 16).

Il eût été plus conforme au but égalitaire visé par les Nouvelles 118 et 127, quand elles instituèrent la représentation, de décider que l'un de ses principaux effets, le partage par souche, aurait lieu aussi bien entre neveux qu'entre petits-enfants ; cependant cette assimilation des neveux et des petits-enfants au point de vue du partage par souche n'a jamais triomphé dans notre ancien droit. Les motifs que les commentateurs donnent de cette différence entre les deux catégories d'héritiers dont il s'agit sont des plus faibles. On prétend que la représentation ne poursuit pas le même but en ligne

collatérale qu'en ligne directe : en ligne directe, la représentation fonctionne à l'effet, non seulement d'empêcher l'exclusion des héritiers les plus éloignés par des héritiers plus proches, mais aussi de conserver l'égalité entre les différentes branches issues du défunt. Mais, en ligne collatérale, la représentation a moins d'énergie ; son bénéfice ne peut être réclamé que par les neveux seuls ; elle est donc instituée uniquement en vue de les faire arriver à la succession dont ils auraient été exclus par les frères et sœurs du défunt ; mais, toutes les fois qu'ils sont à même de recueillir l'hérédité de leur chef, la représentation n'a plus de raison d'être et le partage doit avoir lieu par tête (1).

Les commentateurs ont ainsi dénaturé l'idée première et la portée de la représentation. Il est certain que le droit romain, dont s'étaient inspirés les pays de droit écrit, l'avait admise pour donner satisfaction aux affections présumées du défunt ; or, normalement, l'affection n'est pas individuelle, elle se répartit sur toutes les souches qui sont issues du défunt. La première fonction de la représentation doit être assurément d'éviter que certains héritiers plus éloignés ne soient complètement exclus par des héritiers plus proches ; mais, une fois ce résultat obtenu, l'effet de la représentation doit se poursuivre et elle doit assurer l'accomplissement du devoir égal dont le défunt était tenu vis-à-vis des différents

(1) Pothier, *Traité des succ.*, ch. II, sect. 3, art. 1, § 1 ; Lebrun, *Traité des succ.*, tit. 3, ch. V, sect. 2.

groupes faisant partie de sa famille. Aussi, rationnellement, il semble préférable d'adopter l'opinion d'Accurse pour qui la représentation devait engendrer les mêmes effets et aboutir invariablement au partage par souche aussi bien en ligne collatérale qu'en ligne directe. Mais il est certain que l'assimilation entre les deux lignes ne fut jamais admise dans cette hypothèse au point de vue du mode de partage. La jurisprudence des pays de droit écrit ne laisse aucun doute à cet égard : le partage par souche fut consacré en ligne directe ainsi que le constate un arrêt du 15 avril 1580 (1) ; mais le partage par têtes prévalut en ligne collatérale (arrêt du 6 juin 1547 (2)).

Cependant, dans deux hypothèses, bien qu'il n'y eût aucun concours entre des enfants de frères ou sœurs germains et un de leurs oncles, le partage s'opérait par souche et non par têtes. Il en était ainsi : 1° lorsque les neveux concouraient non avec leurs propres oncles, mais avec un oncle du défunt. Toutefois, il y eut des difficultés sur ce point, et, dans une certaine opinion, on soutient que dans cette hypothèse, le partage avait lieu par têtes. En effet, dit-on, la Nouvelle 118, chap. III, pp. (*Quando quidem igitur fratris*), après avoir admis les enfants des frères à concourir avec les oncles, frères du défunt, à la succession d'un oncle, ne leur accorde cette faculté que si le défunt a laissé à la fois

(1) Julien, *Commentaire sur les statuts de Provence*, n° 439.

(2) Lucius, arrêt 5, tit. 10.

des frères et des neveux. Dans cette hypothèse, bien que les enfants des frères soient au troisième degré, et les frères au deuxième, les neveux excluent les oncles du défunt, parce qu'ils représentent leur père ; mais ils ne le représentent qu'à la condition de venir en concours avec les frères du défunt. En définitive les oncles du *de cuius*, et ses neveux sont au troisième degré, et, s'ils sont seuls en présence, il n'y a pas de représentation pour les neveux, car, en ligne collatérale, la représentation ne fonctionne pas à égalité de degrés ; en conséquence, il n'existe aucune raison pour préférer les neveux aux oncles du défunt, chacun reste dans son degré et le partage s'opère par têtes. Dans cette opinion, on aboutit à décider que, seuls, les neveux qui arrivent en concours avec les frères du défunt bénéficient de la représentation, laquelle, les plaçant au deuxième degré, leur permet d'exclure leur grand-oncle. Cependant les arrêts ont interprété ce texte comme contenant le principe de la représentation : bien qu'étant tous au troisième degré, les neveux et nièces, en venant occuper la place de leur père ou de leur mère, ont monté d'un degré dans la dévolution héréditaire ; c'est pour ce motif qu'ils excluent tous les collatéraux à qui est refusé le bénéfice de la représentation (1).

En deuxième lieu, le partage s'opérerait encore par souche, lorsque le *de cuius* était décédé sans laisser

(1) Boutaric, *Inst. de Just.*, liv. III, tit. I, p. 382.

d'enfant, mais à la survivance de frères germains et consanguins. Dans le cas où les frères germains seraient prédécédés, leurs enfants excluent le frère consanguin qui est leur oncle. Dès lors, la succession se trouve dévolue à des héritiers, qui tous sont les neveux du défunt ; mais, bien que le concours s'établisse seulement entre des neveux, le partage va s'opérer par souche, parce que l'exclusion du frère consanguin ne peut s'expliquer que si l'on admet la représentation des frères germains par leurs enfants : ceux-ci ne peuvent évidemment écarter le consanguin que parce qu'ils sont montés dans le degré et dans la place du frère germain, qui avait sur le consanguin l'avantage du double lien (1).

La tradition romaine relative à la représentation avait reçu, dans les pays de droit écrit, quelques atteintes résultant de ce que certains principes des pays de coutume avaient été acceptés dans le midi de la France. C'est ainsi que les filles étaient exclues de la succession *ab intestat* de leurs ascendants lorsqu'elles venaient en concours avec des enfants mâles ; elles ne gardaient en pareil cas que leur légitime (2). Cette altération des règles romaines était due aux institutions féodales. Mais, en général, les principes de la représentation, tels que Justinien les avait établis, se maintinrent à peu près intacts dans les pays de droit écrit. No-

(1) Boutaric, *eod. loc.*, p. 383.

(2) Cf. Julien, *Comm. sur les statuts de Provence*, t. I, sect. 1, n° 5.

tamment la représentation ne fut jamais étendue en ligne collatérale au delà des enfants de frères et sœurs germains, et l'on appliqua cette règle avec une telle rigueur que l'on refusa aux petits-neveux la faculté de se prévaloir de la représentation pour succéder à un grand-oncle (1).

Il reste à se demander si, dans les pays de droit écrit, la représentation, quand elle était admise, pouvait s'appliquer à une personne vivante et permettre à son enfant de venir la remplacer dans la succession de l'auteur commun ? A cet égard, il était de règle constante que la représentation des personnes vivantes n'était pas autorisée. Le droit écrit se rattachait sur ce point très fermement à la tradition des *Novelles*, qui ne parlent de représentation que dans des hypothèses où la personne qu'il s'agit de représenter est prédécédée (*novelle 118, ch. I* : « Si quem descenditum filios relinquentem mori contigerit » ; *chap. III* : « Si autem defuncto fratres fuerint et alterius fratris aut sororis pramortuorum filii....., si forte pramortuus frater cujus filii vivunt »). Les pays de droit écrit acceptèrent, sans chercher à l'étendre, la règle d'après laquelle la représentation suppose toujours le prédécès de la personne qu'il s'agit de représenter, parce qu'ici la tradition romaine concordait parfaitement avec les institutions féodales, qui étaient hostiles à l'idée de représentation. En effet, en permet-

(1) *Arrêts du Parl. de Toulouse*, sept. 1593 et 9 mars 1626 ; *Louet, Arrêts notables des Parl.*, t. II, p. 564.

tant à des héritiers plus éloignés de venir prendre la place d'un successible plus proche, la représentation morcelle les héritages et elle diminue l'importance de la fortune, qui peut désormais n'être plus suffisante pour soutenir la splendeur du nom. Ce fut pour cette raison qu'on interpréta restrictivement la représentation, et qu'on ne l'appliqua jamais à l'hypothèse où un héritier plus proche avait renoncé à la succession.

Il faut convenir, d'ailleurs, que cette règle aboutit à des résultats injustes : les petits-enfants viendront à la succession du grand-père, si leur père est décédé avant ce dernier ; ils en seront écartés si leur père, ayant survécu à l'aïeul, a renoncé à la succession de ce dernier, dans l'hypothèse où il y a d'autres enfants du premier degré. Mais ce résultat a été accepté sans protestation dans les pays de droit écrit (comme, du reste, dans la France coutumière) ; car, s'il se trouvait en harmonie avec l'aversion manifestée par la féodalité à l'encontre de la représentation, il paraissait également conforme au droit strict. En effet, disait-on, on ne saurait représenter quelqu'un que si la personne dont il s'agit a laissé une place vacante dans l'ordre des héritiers. Or, la place de l'héritier qui a renoncé n'est pas vacante puisque son titulaire est toujours vivant. Bien plus, l'héritier, en renonçant, a usé de sa vocation héréditaire, car c'est exercer un droit que d'y renoncer, et ses descendants n'ont pas qualité pour critiquer l'emploi qu'il a fait de sa vocation héréditaire. En renonçant, il s'est dépouillé

de toute prétention à la succession, et il a, du même coup, destitué de toute vocation héréditaire le groupe familial dont il est le chef. En d'autres termes, le père, intermédiaire juridique entre l'aïeul et les petits-enfants, représente seul les droits de ses descendants et ceux-ci n'ont de rapport de droit avec l'aïeul que par son entremise ; ce n'est pas en invoquant une qualité propre que les petits-enfants peuvent arriver à la succession de l'aïeul.

On ne saurait nier qu'il y a là une conception assurément juridique, mais étroite et formaliste, tenant à l'idée de fiction. En réalité, lorsqu'une personne renonce à un droit, bien loin de l'exercer, elle refuse de s'en servir ; donc, le père qui renonce se place en dehors de la succession ; il disparaît de l'ordre des héritiers ; et les petits-enfants, ne rencontrant désormais aucun intermédiaire entre eux et l'aïeul, devraient arriver à la succession de ce dernier, laquelle leur est directement dévolue. D'ailleurs, lorsque le droit romain, dans son dernier état, admit la représentation, il a évidemment rejeté la conception antique du père chef d'un groupe familial et concentrant sur sa tête les droits de ses descendants ; il a envisagé autrement les rapports de famille, et il a tenu compte des relations de parenté et d'affection qui unissent le chef du groupe à toutes les personnes qui le composent, s'affaiblissant à mesure qu'on s'éloigne de l'auteur commun. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'ancien droit n'a jamais admis que l'on

pût représenter une personne qui avait renoncé à la succession.

Mais qu'arrivait-il si le fils avait été exhérédé par l'aïeul ? En pareil cas, ses enfants pouvaient-ils cependant invoquer le bénéfice de la représentation ? Une distinction s'était établie : si l'exhérédé avait survécu au défunt, la représentation n'était pas possible, en vertu de l'idée qu'elle ne s'applique pas aux personnes vivantes. Mais, s'il était mort avant le *de cujus*, les petits-enfants pouvaient recueillir la succession de l'aïeul, car l'exhérédation, bien que prononcée contre leur père, n'avait pu, à raison de sa mort prématurée, recevoir exécution. Toutefois, même dans cette hypothèse, les petits-enfants ne pouvaient se prévaloir de la représentation, si l'exhérédation était motivée par la circonstance que le fils s'était marié sans le consentement de son père : l'aïeul avait marqué alors d'une manière évidente la volonté d'exclure de la famille les enfants qui viendraient à naître d'une union qu'il réprouvait (1).

(1) Boutaric, *Inst. de Just.*, p. 373.

CHAPITRE II

LA REPRÉSENTATION DANS LES PAYS COUTUMIERS AVANT LA RÉDACTION DES COUTUMES.

Le régime successoral des pays coutumiers est infiniment plus compliqué que celui des pays de droit écrit, parce qu'il ne repose pas uniquement sur les affections présumées du défunt, ni sur les simples rapports créés par la communauté d'origine. Il est influencé par des considérations d'ordre politique et social. Aussi rien n'est plus difficile que de présenter un tableau d'ensemble de la législation des pays de coutume : la diversité des coutumes est telle qu'il est presque impossible d'en dégager un droit commun ; et toute tentative faite en ce sens ne peut aboutir qu'à une approximation plus ou moins relative.

L'idée maîtresse qui préside à l'organisation de la famille et des successions est assurément l'idée de la conservation des biens dans la famille. « L'esprit de notre droit coutumier est que chacun conserve à sa famille les biens qui lui en sont venus » (1). Tous les principes relatifs aux successions convergent vers cette idée de la

(1) Pothier, *Traité des propres*, éd. Bugnet, *Introd.*, *De la division des biens en acquêts et propres*.

conservation des biens dans la famille. Celle-ci a un droit supérieur sur les biens de chacun de ses membres.

Cette idée du droit préexistant de la famille a ses antécédents dans le droit germanique, dans le système de la copropriété familiale (1). Chez les Germains en particulier les nécessités sociales rendirent indispensable une forte cohésion de la famille : les individus, trop faibles par eux-mêmes pour se défendre contre les entreprises des ennemis, se groupèrent entre eux, et la famille devint la véritable cellule sociale de cette époque. Lorsque la copropriété familiale disparut, il semble que le droit supérieur de la famille aurait dû s'évanouir lui-même ; il subsista cependant, parce qu'il se trouva en harmonie avec le système politique de la féodalité, conforme aux principes du pouvoir royal et de l'aristocratie omnipotente. Les règles qui garantissaient autrefois le maintien de la copropriété familiale sont considérées désormais comme indispensables à la conservation de l'ordre établi et au soutien du pouvoir royal. C'est ainsi que la cohésion de la famille va se prolonger jusqu'à la Révolution, sauf à s'atténuer à mesure qu'approchera la fin de l'ancien régime. En réalité, à l'époque féodale, c'est la conception politique qui domine la réglementation des successions ; la préoccupation des affections présumées du défunt n'est que l'accessoire et le tempérament de cette idée maîtresse.

(1) De Laveleye, *La propriété et ses formes primitives*, 4^e éd., Paris, 1891 ; Sumner-Maine, *Etude sur l'ancien droit et la coutume primitive*, trad. franç., 1884.

Quand le chef de famille vient à mourir, au lieu de se demander qui va hériter, on s'inquiète avant tout de savoir quels sont les biens qu'il importe de conserver dans la famille. Ainsi s'explique que la dévolution successorale soit gouvernée par des règles différentes suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, et que, même parmi les immeubles, on distingue, relativement à la transmission héréditaire, les propres et les acquêts.

Avant d'étudier la représentation dans les pays coutumiers avant la rédaction des coutumes, il nous faut, pour comprendre l'opposition que nous allons constater avec les provinces de droit écrit, remonter à l'origine du droit coutumier et examiner quel accueil les lois barbares avaient fait à l'idée de représentation.

Il est certain que la représentation était inconnue des Germains, même en ligne directe. A la vérité, le seul texte de la loi Salique ne serait peut-être pas concluant pour autoriser cette affirmation. L'article 5 du chapitre 62 *de allode* porte bien : « Quicumque proximiores fuerint de paternâ generatione ipsi in hereditatem succedant » ; et, par là, le texte semble montrer que les Germains écartaient la représentation ; mais il perd singulièrement de sa valeur, lorsque l'on constate que le texte dont il s'agit se référait à l'hypothèse où le défunt n'avait pas laissé d'enfant : « Si quis homo mortuus fuerit et filios non dimiserit... » D'ailleurs, une disposition plus concluante de la loi Salique est la suivante : « De terrâ vero salicâ in mulierem nulla portio

hereditatis transit, sed hoc virilis sexus acquirit, hoc est filii in ipsa hereditate succedunt. » A quoi le manuscrit publié par Hérold ajoute : « Sed ubi inter nepotes aut pronepotes, post longum tempus de allode terræ contentio suscitatur non per stirpes sed per capita dividantur » (*Loi salique*, tit. LXII, § 6). On doit en conclure que la représentation n'était pas pratiquée par les Germains, et l'on peut invoquer dans le même sens l'Edit que Childeburt rendit en 595, pour permettre aux petits-enfants de venir à la succession en concours avec leurs oncles ou tantes : « Ita Deo propitiante Antonaco, Kallendas Martias anno vicesimo regni nostri, convenit ut nepotes ex filio vel ex filiâ ad aviaticas res cum avunculos vel amitas sic venirent in hereditatem, tanquam si pater aut mater vivi fuissent. De illos tamen nepotes istud placuit observari, qui de filio vel filiâ nascuntur, non qui de fratre » (T I, *Capitularium*, col. 17). Ainsi, l'exclusion de la représentation est un des traits principaux de la législation successorale germanique et une différence caractéristique avec le droit romain.

Si elle a été écartée, même en ligne directe, le motif doit en être cherché dans la préférence qu'on attribuait aux oncles du défunt, considérés, à raison de leur âge plus avancé, comme étant plus aptes à défendre la terre des ancêtres que les enfants des frères prédécédés. Toutefois, il y avait certaines lois germaniques qui ont pratiqué la représentation en ligne directe, sans doute sous l'influence du droit romain, qui exerçait une puissante

attraction sur des civilisations moins avancées. Ainsi, nous trouvons dans la loi des Burgondes le passage suivant : « De hereditatum successione adtentius pertractantes statuimus, ut si pater cum filius sortem suam dividerit, et postea mori filium vivo patre contigerit sine filius, pater facultatem filii integram usufructuaria jure vindicet portionem ; quam inter filios et nepotes ita moriens dimittat, ut quanti nepotes ex uno filio fuerint qui patrem non habent, portionem patris sui vindicent qualem eorum habiturus erat » (*Lex Burg.*, LXXVIII. Pertz, t. III, p. 565). En Lombardie, le roi Grimoald avait même poussé très loin l'idée de représentation : il en avait accordé le bénéfice non seulement aux descendants légitimes, mais encore aux enfants naturels d'un fils prédécédé : « Si quis habuerit filios legitimos unum aut plures et contigerit unum ex filiis vivente patre mori et reliquerit filios legitimos unum aut plures, et contigerit avo mori, talem partem percipiant de substantiâ avi sui una cum patrius suis, qualem pater eorum inter fratres suos perceptus erat si vivus fuisset similiter, et si filiae legitimæ una aut plures, et si filii naturales unus aut plures fuerint habeant legem suam sicut in hoc edicto legitur » (*Lex Langob.* Pertz, t. IV, p. 401). Donc, dans deux législations barbares, chez les Burgondes et chez les Lombards, la représentation fonctionnait indubitablement.

De là est née la question de savoir si la représentation, lorsqu'elle s'est introduite dans les pays coutu-

miers, avait une origine germanique, ou si elle n'est pas due exclusivement à la tradition romaine, qui aurait dominé, dès le VI^e siècle, la dévolution successorale, en Lombardie et chez les Burgondes. La réponse ne semble pas douteuse : la représentation est une institution d'origine exclusivement romaine ; les Lombards et les Burgondes, qui l'avaient admise, étaient précisément les peuplades le plus en contact avec la nation romaine, et ils s'imprégnèrent davantage des mœurs et des idées latines que ceux des Germains dont les pays étaient plus éloignés. Au surplus, l'édit rendu par le roi franc Childébert II en 595, et qui vraisemblablement est inspiré de la Nouvelle 118, n'eut aucun succès et tomba bientôt en désuétude ; nous voyons, en effet, que cet édit « ne fut pas même observé par les peuples du royaume, qui se gouvernaient par les lois romaines, ce qui paraît dans le chapitre XXII des formules, suivant la loi romaine, intitulées *Formulæ Sirmondicæ*, où il se voit que les aïeuls maternels rappelaient à leur succession les enfants de leurs filles concurremment avec leurs oncles, afin que ces petits-enfants ne perdissent pas le quart ou le tiers qui leur était ôté, selon qu'ils étaient en concours avec des agnats ou *sui*, par les lois de Valentinien, d'Arcadius et d'Honorius (V. *leges* 4 et 5, Code Théodos. *De Legitimis hereditatibus*, Lib. V ; Loysel, *Institutes Coutumières*, t. I, p. 321). Dans la formule XXII rapportée par Sirmond, dans l'hypothèse où un père vient à mourir, laissant des enfants et des petits-

enfants, les enfants recueillent la succession du *de cuius* sans que les petits-fils aient le droit de concourir avec leurs oncles ; car l'aïeul, s'adressant à ses petits-enfants, leur tient le langage suivant : « Dum et per legem cum filiis meis avunculis vestris in alode meo ad integrum minime succedere poteratis....., volo ut in omni alode meo post meum decessum quidquid moriens reliquero....., ita et vos cum avunculis vestris succedere. » Une formule analogue est donnée par Marculfe, livre II, titre X : « Eo vero pensans consanguinitatis causa dum et per lege cum cœteris filiis meis avunculis vestris in alode meo succedere minime potueratis ideo per hanc epistolam vos dulcissimi nepotes mei, volo ut in omni alode mea post meum decessum si mihi suprestis fueritis. » Il s'agit manifestement dans ce passage d'un rappel à succession, lequel eût été inutile si la représentation avait été couramment acceptée. Donc, l'ordonnance de Childebert II ne parvint pas à réagir avec efficacité contre la tradition germanique (1).

Au surplus, au ix^e et au x^e siècles, on traverse une époque de luttes, où les règles juridiques sont la plupart du temps inobservées, si bien qu'il devient assez difficile de dégager les principes qui, pendant ces années troublées, gouvernaient la dévolution successorale. Les événements politiques le démontrent : à la mort de Pépin le Bref, ses deux fils Charlemagne et

(1) Michelet, *Origine du droit français cherchée dans les symboles et les formules ou droit universel*. Introduction.

Carloman opèrent entre eux le partage de ses Etats ; mais, ultérieurement, après le décès de Carloman, Charlemagne déclare que ses neveux n'ont qu'un droit héréditaire inférieur au sien et il leur ravit l'héritage paternel.

C'est cependant le même Empereur qui, en 806, lors de la division de l'Empire entre ses trois enfants, stipule que, si l'un de ceux-ci vient à mourir laissant un fils, celui-ci devra être préféré à ses deux oncles, si le peuple l'élit (1) : « Quod si talis filius quilibet istorum trium fratrum natus fuerit quem populus eligere velit ut patri suo succedat in regni hereditate, volumus ut hoc consentiat patri ipsius pueri, et regnare permittant filium fratris sui in portione regni quam pater ejus frater eorum habuit. » Donc, au ix^e siècle, et pendant la première moitié du x^e siècle, l'institution de la représentation a subi des fluctuations suivant les révolutions politiques et en dehors de toute règle juridique.

On finit cependant par comprendre qu'un principe plus stable s'imposait ; sinon, l'ouverture de toute succession importante aurait donné lieu à des discussions et à des querelles sans fin. Ce fut l'Empereur Othon I^{er} qui se préoccupa de donner une solution définitive à la question ; cet épisode de l'histoire de la représentation est décrit par Witikind, moine de Corbie, dans son *Histoire de Saxe*, liv. II, t. I, de la collection des his-

(1) *Capitulaire* I de l'an 806, art. 5 ; Baluze, p. 439 et 442.

toires d'Allemagne de Meibomius, p. 644 : « De legum quoque varietate facta est contentio, fuerantque qui dicent quod filii filiorum non deberent computari inter filios, hereditatemque legitimi cum filiis sortiri, si sorte patres eorum obiissent avis superstitibus. Unde exiit edictum a rege, ut universalis convocatio fieret apud villam quæ dicitur Stella (Steil). Factumque est ut causa inter arbitros judicaretur debere examinari. Rex autem, meliori consilio usus, noluit viros nobiles ac senes populi inhonesti tractari ; sed magis rem inter gladiatores discerni jussit. Vicit igitur pars quæ filios filiorum computabat inter filios ; et firmatum est ut æqualiter cum patriis hereditatem dividerint pacto sempiterno. » Selon Loysel, Sigebert, dans sa chronique, rapporte ce fait sous l'an 943 (1). Il résulte de ce passage que, d'après une opinion accréditée, les enfants des fils prédécédés ne pouvaient élever aucune prétention à l'hérédité concurremment avec leurs oncles survivants, au cas où leur père serait mort avant l'aïeul. L'Empereur convoqua alors par un Edit une assemblée générale, qui fut tenue dans la ville de Steil. Cette assemblée, ne pouvant s'entendre, confia l'examen du problème à des juges spéciaux. Mais, comme la discussion menaçait de traîner en longueur, l'Empereur ordonna que la question fût tranchée par un combat

(1) V. Cangium in *Glossario*, Vo *Judicium Dei* ; et Fridericum Spanhemium, lib. 4, *Miscellaneor sacrar.*, cap. 45, n° 18, col. 136. — (Comp. Michelet, *op. cit.*)

judiciaire. L'issue du duel fut favorable au parti qui soutenait que les enfants des fils prédécédés avaient la faculté de concourir avec leurs oncles dans la succession du défunt. L'Empereur décida en conséquence qu'à l'avenir la représentation dans la ligne directe serait érigée en un principe irrévocable au profit des enfants des fils du défunt prédécédés. Mais, si l'Allemagne accepta ainsi la représentation dès le milieu du x^e siècle, cette institution rencontra beaucoup de difficultés pour se propager en France.

Comment expliquer la lenteur avec laquelle la représentation fut reconnue dans les pays coutumiers ? La représentation se trouvait en contradiction complète avec l'esprit du régime féodal, où les successions sont réglées plutôt en considération des biens qu'en considération des personnes. Suivant la forte expression de Michelet (*op. cit.*), le trait caractéristique de l'époque féodale est le rôle prépondérant que joue alors la terre ; elle est le bien par excellence, tout se ramène à elle, et on peut dire que, pendant cette période, l'homme possède moins la terre qu'il n'en est possédé (*Introd.*, p. 37). La féodalité établit entre les terres une hiérarchie, et la hiérarchie féodale des personnes n'est que la conséquence du classement établi entre les terres. Seule, la terre est la source de toute puissance, économique comme politique ; celui qui la possède est assuré de la prédominance (1). La terre est non seulement la source

(1) Beaune, *Introd. à l'étude historique du droit coutumier*, p. 355.

de la noblesse, mais encore le signe de la puissance : « Ce qui forme la base de la société féodale, c'est la terre, et quiconque la possède, prêtre ou gentilhomme ou vilain, est dépositaire d'une portion plus ou moins grande de la puissance temporelle ; la condition d'un individu se détermine bien moins par l'éducation, par le mérite, par la naissance même, que par la propriété » (1).

Après la disparition des derniers Carlovingiens, le pouvoir royal avait perdu son autorité, et, tant qu'il n'eut pas rétabli sa force, les grands propriétaires devinrent les véritables maîtres du pays. Le territoire était réparti en un grand nombre de seigneuries, que le titulaire avait divisées en plusieurs fiefs pour se défendre avec succès contre des rivaux inquiétants et jaloux d'accroître leur propre puissance au détriment de celle du voisin. Le fief était une concession bénévole en vertu de laquelle le seigneur, désireux de s'assurer les services et le dévouement de son vassal, lui abandonnait le domaine utile d'un fondsimmobilier, dont il retenait la propriété (2). Il était donc indispensable que la transmission du fief, comme celle de la seigneurie, s'opérât dans son ensemble, sans subir aucune division à raison de la pluralité des héritiers du titulaire. Les privilèges d'aînesse et de masculinité sont conformes à ce point de vue ;

(1) Guérard, *Cartulaire de Saint-Pierre de Chartres*, t. I, *Prolégomènes*, p. 113 à 114.

(2) Dumoulin, *Coutume de Paris*, tit. I^{er}, n^o 52.

grâce à eux, la seigneurie, comme le fief, ne sont dévolus qu'à un seul héritier ; les biens seigneuriaux sont conservés dans la famille et permettent de soutenir la splendeur du nom. Mais ces privilèges seraient insuffisants à maintenir la puissance de la féodalité, si, dans la dévolution successorale, une place était faite à la représentation : il importe, en effet, au suzerain que les titulaires des fiefs aient des héritiers capables de le défendre et de lui continuer les services que rendait le vassal défunt. Or, de tous ces services, le principal est l'assistance à la guerre. Pour que le seigneur conserve sa seigneurie intacte, il doit pouvoir compter sur des vassaux en état de lui amener une troupe armée : les préoccupations militaires eurent donc pour résultat d'écarter la représentation, par suite de laquelle des héritiers en bas âge auraient le droit de succéder à leur père : « La représentation était contraire aux intérêts de la féodalité, car elle profitait le plus souvent à des enfants en bas âge, et le seigneur avait intérêt à avoir des vassaux en état de combattre » (1).

Lorsque la royauté eut abattu les grandes familles féodales, les mêmes raisons ne s'opposèrent plus à l'admission de la représentation et celle-ci put jouer un rôle dans la dévolution héréditaire ; mais il ne faut pas croire qu'après la destruction de la féodalité, la représentation se soit universellement répandue dans les coutumes,

(1) Buche, *Essai sur l'anc. cout. de Paris*, p. 121.

parce qu'elle demeurait toujours contraire aux principes, essentiels à l'ancien régime, du maintien des fortunes dans les grandes familles. « La noblesse est un des principaux soutiens de l'Etat ; elle emploie ses biens à le servir, des partages inégaux et réitérés, la faisant tomber dans l'indigence, la mettraient hors d'état de s'acquitter de ses devoirs » (1). Ce que Bourjon dit du partage pouvait aussi bien s'appliquer à la représentation : celle-ci, en appelant un plus grand nombre d'ayants droit à prendre part à la succession, aurait affaibli singulièrement l'éclat des grandes familles. Aussi ne s'est-elle jamais développée que contre le gré du pouvoir royal dans un Etat où c'était une maxime indiscutée que « la conservation des biens dans les familles contribuait beaucoup à la conservation du royaume » (2).

Enfin, la représentation n'était pas seulement entravée dans son développement par des obstacles d'ordre politique, elle se heurtait, dans l'opinion de certains commentateurs, à la règle introduite par les légistes et d'après laquelle *le mort saisit le vif son hoir le plus proche et habile à lui succéder*. Les coutumes déclarent que, dès l'ouverture de la succession, l'héritier le plus proche est saisi de plein droit, même à son insu, même avant qu'il ait pris parti (cf. art. 318, *Cout. Paris*). Cette règle, dit-on, doit avoir pour conséquence natu-

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, Paris, 1770, t. I, p. 820.

(2) Ferrière, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la Cout. de Paris*, t. III, art. 282, glose I, § 6.

relle, d'appeler à la succession, de préférence aux petits-enfants, les oncles ou les tantes qui sont plus proches parents qu'eux (1). En d'autres termes, les héritiers d'un degré plus éloigné ne seraient pas saisis de la succession, à moins cependant que les plus proches ne renoncent. Mais c'est attribuer à la règle « le mort saisit le vif » une portée excessive. En réalité, cette règle ne se réfère pas à la transmission de la propriété ; elle n'a d'autre but que d'éviter aux héritiers de payer au seigneur le droit de relief. Eusèbe de Laurière affirme que la règle est l'expression d'une réaction contre l'ensaisinement seigneurial qui était exigé jusque-là, et il n'existe aucune relation entre ce principe et la théorie de la représentation.

Quoi qu'il en soit, c'est un fait avéré que la représentation ne pénétra que lentement dans le droit coutumier. La preuve des difficultés qu'elle eut à surmonter pour conquérir sa place dans les Coutumes résulte des procès auxquels elle donna lieu avant la rédaction officielle des Coutumes. C'est ainsi que, sous Louis le Gros, dans la première moitié du XII^e siècle, la mort du comte de Bourbon-Archambauld donna lieu à de sérieuses difficultés ; il laissait un fils et un frère Hamon ; celui-ci chercha à profiter de la jeunesse de son neveu pour s'emparer du Bourbonnais. À l'appui de sa prétention, il invoquait le défaut d'application de la représentation.

(1) Boutaric, *Inst. de Just.*, liv. III, t. I, p. 372.

Mais la mère et les amis de son compétiteur lui opposèrent que la représentation était une institution passée en force de loi, et qu'elle permettait au fils d'exercer tous les droits du père prédécédé. Le différend ayant été porté devant Louis le Gros, le roi donna raison aux partisans de la représentation (1). Mais il convient de noter que la sentence de Louis le Gros tranche un procès qui ne portait pas précisément sur la représentation dans le sens où on l'entend aujourd'hui ; car il s'agit, dans l'espèce, d'un enfant qui vient succéder à son père, et que son oncle prétend écarter de la succession paternelle, contre toute justice.

La représentation apparaît toutefois dans l'hypothèse suivante : une personne meurt, à la survivance d'un petit-fils issu d'un enfant prédécédé et un frère du défunt prétend l'exclure de la succession. Un texte de Glanville (liv. VII, ch. 3) constate qu'à l'époque la question était controversée : « Cum quis autem moriatur, habens filium post natum, et ex primogenito filio præmortuo nepotem, magna quidem juris dubitatio solet esse, uter illorum præferendus sit alii in illà successione, scilicet utrum filius an nepos ? » Pour certains jurisconsultes, l'oncle, étant d'un degré plus rapproché que celui du neveu, devait avoir la préférence : « Quia filius primogenitus cum mortem patris non expectaret nec expectavit quousque heres ejus esset et ita cum post natus

(1) *Trésor du droit français*, t. III, p. 227.

filii supervixerat tam fratrem quam patrem. » Mais, pour d'autres, le petit-fils devait être considéré comme ayant pris dans la succession de l'aïeul la place qu'y occupait son père, et exclure l'oncle, de même que son père l'aurait écarté s'il n'était pas prématurément décédé. Sans trancher nettement la question, Glanville semble se prononcer contre la représentation ; car, un peu plus loin, dans le même passage, il décide qu'en cas de conflit entre un oncle du défunt et le petit-fils de ce dernier, celui-ci doit être préféré, mais seulement dans l'hypothèse où le père prédécédé a été admis avant sa mort par le défunt à prêter hommage au seigneur. Ce n'est donc qu'au cas où cette formalité aura été accomplie que, si le fils aîné du défunt vient à décéder, le petit-fils sera préféré à l'oncle (1). On aperçoit de suite l'intérêt du petit-fils aîné à ce que son père ait été autorisé du vivant de l'aïeul à présenter hommage au seigneur.

La même hypothèse est prévue, dans deux chapitres différents, par les Etablissements de Normandie, qui donnent des solutions contradictoires. L'une de ces décisions ne permet pas au petit-fils né d'un fils aîné de concourir avec un fils puîné ; l'autre solution a été rendue en sens contraire (Marnier, *Etablissements de Normandie*, chap. XIII, De la partie relative aux neveux ; chap. XXIV, De la partie concernant les frères).

Ces décisions conservèrent assez longtemps leur effet,

(1) *Tractatus de legibus*, éd. 1604.

mais il est probable que la représentation fut de plus en plus acceptée en Normandie comme ailleurs. L'ancien Coutumier de Normandie (chap. xxv, De eschéances) porte en effet ce qui suit : « Pour ce lent doit savoir que l'aîné fils et hoir de son père et tous les autres êtres ses hoirs qui sont en icelle ligne, de même lignage, jaoit ce que plusieurs soyent à l'encontre de cette coutume, qui voulait être anciennement être gardée en Normandie, qui dit que, dans la succession qui vient du père au fils, le neveu ne doit pas avoir l'héritage de son aïeul, jaoit ce qu'il soit fils à l'aîné fils qui mourut en vivant son père...et en ce cas, ils ont mué la coutume et le droit de Normandie, car le fils à l'aîné doit avoir toujours le droit de l'aïnesse. » Boutillier, dans sa *Somme rurale*, édition 1612, p. 456, explique ce passage de la manière suivante : « Selon l'usage de Normandie, qui est fondé sur le droit écrit, le fils aîné a l'héritage qui vient de la succession de son père et de sa mère ; son fils aîné le représente ou son plus prochain hoir qui d'icelle même ligne descend. Et s'il ne demeure nul enfant qui ne soit descendu de cestuy aîné fils, l'aîné frère après le représente. Et ainsi peux et dois savoir et entendre des frères en suivant. Et si tous les enfants étaient morts avant le père ou qu'il n'eut pas d'enfant, ce viendra à son fils aîné frère ou à son plus prochain qui de lui sera issu, et si celui-ci n'avait aucun frère ni enfant de frère, sachez que la succession reviendrait à l'hoir. »

En tout cas, après la conquête de l'Angleterre par les Normands, le succès de la représentation fut assuré par un événement politique. Jean-sans-Terre n'avait gagné la couronne qu'en faisant assassiner son neveu Arthur, qui aurait été le légitime héritier du pouvoir royal. Mais le règne de Jean-sans-Terre fut marqué par toutes sortes de calamités, qui frappèrent l'opinion et parurent être la juste punition du crime qu'il avait commis.

Toutefois, dans la législation anglo-normande, la représentation fut contrecarrée par l'idée de la possession de fait : si l'oncle, au décès de son frère, demeure au foyer du défunt, alors que son neveu est absent, le procès ne sera pas tranché (1). Mais, en Angleterre, dès le règne d'Edouard I^{er}, la jurisprudence se prononça nettement en faveur de la représentation. Il semble même qu'on ait admis que la règle de la représentation s'étendait à l'infini dans le droit anglo-normand (2), et qu'à des époques, d'ailleurs assez obscures, le droit de représentation l'emportait sur le principe de la préférence des mâles ; attendu que les petites-filles d'un *de cujus*, filles de son fils aîné, viennent à sa succession et excluent leurs oncles. Plus tard même, le bénéfice de la représentation a pu être invoqué, en droit anglo-

(1) Cf. Pollock et Maitland, *The history of English law*, 2^e éd., Cambridge, 1898.

(2) Cf. Escarra, *La succession aux biens réels dans les coutumes anglo-normandes*, Thèse, Paris, 1903, p. 146.

normand, par les descendants de tout héritier, et non pas seulement par les descendants d'un fils aîné, qui, seuls, au début, avaient cet avantage.

On peut se demander comment la représentation a pénétré si facilement dans le droit anglo-normand ; en définitive, la coutume normande était issue, comme la plupart des autres, du droit germanique qui ne connaissait pas la représentation. On en est réduit à admettre qu'ici s'est manifestée une influence certaine du droit romain sur la formation du droit anglais. Toutefois, une différence s'aperçoit dans la manière dont la représentation a été comprise en Angleterre et en France. En France, et jusque dans ces dernières années (1), la représentation a toujours été considérée comme une fiction, et l'article 739 n'est que la consécration d'une longue tradition. En Angleterre, au contraire, la conception de la représentation est plutôt conforme à l'idée romaine du partage par souche. En effet, la dévolution anglaise s'opère suivant l'ordre des parentèles, et aboutit à des résultats semblables à ceux de la représentation à l'infini, c'est-à-dire par souche (2). Mais comment expliquer que la représentation, qui paraît incompatible avec les idées féodales, se soit développée dans un pays, comme l'Angleterre, où l'aristocratie terrienne a été des plus puissantes ? C'est que la représentation, à

(1) A l'exception toutefois de MM. Toullier, *Droit civil*, 5^e éd., t. IV, p. 188, et Planiol, *Traité*, t. III, p. 524.

(2) Cf. Escarra, p. 147, note 1.

l'infini, d'une parentèle par une autre présente au moins l'avantage d'empêcher le concours de parentèles différentes et d'éviter la division des fortunes. On sait, en effet, que le droit anglais admet la succession par parentèles (cf. Escarra, p. 281, loi de 1833).

Maintenant, si l'on fait abstraction du droit anglo-normand, et qu'on se reporte en France, à l'époque antérieure à la rédaction des Coutumes, il est très douteux que la représentation fût alors admise comme une règle générale. Beaumanoir y fait bien allusion dans la Coutume de Beauvoisis, au ^{xiii}^e siècle ; il déclare que l'héritier de la ligne descendante représente toujours son père et sa mère (1).

Mais il n'est pas certain que, dans ce passage, Beaumanoir ait employé le mot représentation dans son sens technique. Peut-être a-t-il fait allusion à une hypothèse déjà envisagée par Glanville et que nous avons précédemment rapportée ; il se peut que, si les petits-enfants viennent ici à la succession, c'est parce qu'ils arrivent de leur chef et recueillent les droits du père ou de la mère dont ils sont issus. En tout cas la représentation en ligne collatérale était vue avec plus de défaveur encore que la représentation en ligne directe.

Il est un fait digne de remarque : lorsque les Coutumes admirent la représentation, elles l'acceptèrent volontiers pour les enfants des enfants, mais elles firent

(1) Chap. xiv, *Des héritages*, n° 10, *in fine*.

beaucoup plus de difficulté pour l'étendre aux enfants de frères. Il y a de nombreux faits qui sont compatibles avec la représentation en ligne collatérale ; c'est ainsi qu'à la mort de Saint-Louis, une question de représentation se posa, en 1270. Il avait laissé deux frères, Charles d'Anjou et Alphonse, comte de Poitou, Alphonse mourut à son tour ; alors Philippe-le-Hardi, fils de Saint-Louis, se mit en possession du Poitou. De là une réclamation de Charles d'Anjou, qui prétendait avoir droit sur le comté de Poitou, attendu qu'en sa qualité de frère du défunt, il était plus proche parent que Philippe-le-Hardi, simple neveu. Pour rester en possession, ce dernier allégua que son père avait donné le Poitou en apanage à Alphonse. Or, en pareil cas, lorsqu'un roi donne en apanage une terre à un de ses frères, l'apanage doit, d'après la coutume, retourner de plein droit au roi ou à ses enfants, si le gratifié est mort sans descendance. Mais Philippe ajoute une autre raison à l'appui de son droit : « Et in hoc casu nepos patruum excludit, cum idem nepos suo jure et generali consuetudine in omnibus personam patris donatoris representet. » Cette dernière argumentation fait allusion à la représentation ; mais elle n'est pas bien probante, car, dans notre hypothèse, il ne peut pas s'agir d'une véritable représentation, puisque Philippe-le-Hardi n'était pas le fils du comte de Poitou. Dès lors, il ne paraît pas possible d'en conclure que la représentation fut, à cette époque, écartée en ligne collatérale :

le seul indice qui permette de conjecturer le défaut de représentation dans cette ligne à cette époque, c'est la prétention de Charles d'Anjou, frère du défunt, à la totalité du comté (1).

Du reste, à ces époques de formation du droit, et où l'absence de pouvoir central empêche qu'une véritable autorité soit reconnue à une règle juridique, les décisions les plus contradictoires s'aperçoivent, et il est possible de citer des textes impliquant l'admission de la représentation. Si l'on en croit une décision rendue par l'Echiquier de Normandie, en 1224, la représentation existait à cette époque en ligne directe : « *Judicatum est quod si aliquis habeat filios, et si maritet ante natum filium suum, si contigerit quod ante natus ille habeat heredem de uxore suâ desponsatâ et filius ille ante natus moriatur, heres ante nati filii habebit de hereditate avi sui hoc quod pater suus haberet si viveret* » (2).

Il y a même des décisions qui admettent la représentation en ligne collatérale : Arthur II, duc de Bretagne, avait eu deux enfants d'un premier mariage, Jean et Guy ; puis il s'était remarié et avait eu de son second mariage le comte de Montfort. En 1312, à la mort d'Arthur II, son fils aîné Jean lui succéda, mais il mourut à son tour, et son décès fut suivi de celui de Guy, qui laissait une fille mariée à Charles de Blois. Qui allait hériter du duché de Bretagne, dans ces conditions ? Les

(1) Boutaric, *Arrêts du Parlement*, t. I, p. 388, n° 357.

(2) L. Delisle, *Recueil des jugements de l'Echiquier*, p. 92, n° 361.

prélats et barons élurent le comte de Montfort ; mais, lorsqu'il voulut porter son hommage au roi, celui-ci refusa de le recevoir, par le motif que, le fils aîné du duc de Bretagne étant mort sans enfant, le duché ne pouvait passer qu'au puîné ou aux descendants de celui-ci, c'est-à-dire à la fille de Guy. Le comte de Montfort eut beau faire valoir qu'en vertu de la règle *le mort saisit le vif son hoir plus proche et habile à succéder*, par application de laquelle, étant le plus proche parent du défunt, il devait recueillir le duché, le roi Philippe de Valois rendit à Conflans, le 7 septembre 1341, un arrêt proclamant que Charles de Blois serait, à cause de sa femme, duc de Bretagne (1).

Dans un autre procès célèbre, l'idée de représentation fut consacrée. En 1291, Marguerite de Norvège, fille de Guillaume III, roi d'Ecosse, était morte sans postérité ; la couronne revenait à la branche des David, comte de Hustington, frère de Guillaume ; mais celui-ci était prédécédé, laissant trois filles ; Marguerite, l'aînée des trois sœurs était morte, laissant une fille mariée à Baliol, qui en avait eu un fils. Les deux autres, Isabelle, la sœur puînée, et la cadette Adama, avaient également chacune un fils, Robert Bruce et John Hastings. Un débat s'éleva immédiatement sur la dévolution de la couronne d'Ecosse. Hastings prétendit d'abord que le royaume, comme tout héritage, devait se partager entre les trois

(1) Dufresne, *De la représentation successorale*, Thèse, Paris, 1886, p. 126.

filles du comte de Hustington, et il en réclama un tiers du chef de sa mère. Baliol et Bruce soutinrent, au contraire, que la couronne ne pouvait se partager, et, par là, Hustings était évincé ; d'autre part, chacun des deux concurrents restants invoqua des arguments pour exclure l'autre. Si l'on avait égard au droit de représentation, Baliol, venant remplacer sa mère, se trouvait avoir le plus de droit à la couronne d'Ecosse. Ce fut, en effet, en sa faveur que se prononça, après avoir pris l'avis des plus fameux jurisconsultes européens, le roi d'Angleterre, Edouard I^{er} (1). Cette solution se fondait sur l'idée de représentation.

De toutes ces espèces, qui reçurent, suivant les circonstances, des solutions différentes, il faut conclure qu'aucune règle fixe n'existait en matière de représentation. La question de savoir si elle pouvait être invoquée était résolue tantôt par l'affirmative, tantôt par la négative, non pas au hasard des circonstances ni par observation d'une règle générale, mais selon le degré d'influence que possédaient les héritiers qui se prévalaient de la représentation. Toutes les fois qu'elle lésait les intérêts féodaux, elle était rejetée ; on l'acceptait, au contraire, lorsqu'elle n'entraînait pas en antinomie avec les institutions féodales. On voit par là combien la préoccupation des affections présumées du défunt était indifférente.

(1) Hume, *Hist. d'Angleterre*, liv. 4, ch. 14.

A quelle époque précise la représentation fut-elle donc consacrée dans chaque Coutume? Ici encore une réponse approximative est difficile à donner : « Dans la prévôté et vicomté de Paris, écrit M. Buche, la représentation paraît n'être pas encore admise à la fin du xiv^e siècle, même en ligne directe » (1). Jean Desmares l'écarte, à moins que, dans le contrat de mariage des père et mère, une clause ait été insérée, conférant aux enfants à naître du mariage le droit de succéder à leurs aïeuls et aïeules en concours avec leurs oncles : « Représentation n'a point lieu en succession collatérale ni directe, si ce n'est au cas qu'au traité de mariage que aucun ferait de sa fille ou de son fils à autre, fut expressément dit et accordé que, pour les enfants d'iceux fils ou filles issus d'y celui mariage, eut lieu représentation en la succession de leur aïeul et aïeule, père ou mère de leur père et mère » (*Décision* 138). Les préventions contre la représentation persistent si longtemps qu'au début du xvi^e siècle, les rédacteurs de la Coutume de Paris hésitaient à lui accorder une place.

Au surplus, l'institution du *Rappel à succession*, en usage surtout dans les régions du nord de la France, était précisément destinée à suppléer au défaut de représentation. Cette institution ne se serait pas répandue comme elle l'a fait si elle avait coexisté avec la représentation, puisqu'elle avait pour objet de tenir compte,

(1) *Anc. cout. de Paris*, p. 121.

dans une certaine mesure, des affections présumées du défunt, considérées comme se reportant sur les héritiers d'enfants prédécédés.

Le rappel à succession est un acte par lequel une personne supplée à la loi qui n'a point admis la représentation, en ordonnant qu'en cas de prédécès de quelqu'un de ses héritiers présomptifs, les enfants de cet héritier présomptif prédécédé le représentent (1). On distinguait deux sortes de rappel : le rappel fait *intrà terminos juris* et le rappel fait *extrà terminos juris*.

Le rappel fait *intrà terminos juris* est celui qui s'opère dans les limites de la Nouvelle 118, c'est-à-dire celui qu'une personne fait à sa succession de ses petits-enfants là où la représentation en ligne directe n'existe pas, ou de ses neveux là où la représentation en ligne collatérale est exclue. On qualifie ce rappel, dit Pothier, d'*intrà terminos juris*, parce qu'il est conforme à l'opinion la plus généralement acceptée, qui admet la représentation au profit de ces personnes ; ou, tout au moins, c'est à ces successibles que le bénéfice de la représentation a été le plus facilement accordé.

Quant au rappel *extrà terminos juris* il s'applique à des parents d'un degré plus éloigné, comme des petits-neveux, des cousins, qui, grâce à cette institution, peuvent arriver à la succession du défunt. Dès lors, c'est un bénéfice qui fonctionne dans les hypothèses

(1) Cf. Pothier, *Traité des successions*, Paris, Barrois, 1777, p. 263.

où la représentation n'a jamais été reconnue, et ainsi s'explique la dénomination de *extrà terminos juris*.

Des règles différentes s'appliquaient à l'un ou à l'autre de ces deux rappels. Mais ils obéissaient aussi à certains principes communs. Etant un acte de dernière volonté, le rappel, qu'il soit *intrà* ou *extrà terminos juris*, est toujours révocable jusqu'à la mort, sauf dans le cas où il aurait été inséré dans un contrat de mariage, car le rappel, constituant une clause de ce contrat, devient irrévocable comme lui. D'autre part, il est toujours révocable jusqu'à la mort, sans que le consentement ou la présence de la personne rappelée soit nécessaire. C'est ce qu'exprime une note de Dumoulin sur la Coutume de Blois, citée par Pothier (p. 265) : « *Ista declaratio fieri postest etiam sine presentia, scientiâ et acceptatione ejus qui ad hereditatis partem capiendam vocatur, estque semper ambulatoria usque ad mortem declarantis.* » D'ailleurs, bien que le consentement de l'héritier présomptif ne fut pas nécessaire pour la validité de la révocation du rappel, il était de principe que, lorsqu'il avait donné son consentement, il n'était plus admis à le rétracter : « *Quid semel consenserunt non possunt amplius pœnitere nisi eum de cujus successione agitur pœniteat* » (Pothier, p. 265).

Par quel acte pouvait avoir lieu le rappel ? Dans l'opinion la plus générale, il fallait établir ici une distinction entre le rappel *intrà terminos juris* et le rappel *extrà terminos juris*. Le premier pouvait se faire par testament, donation entre vifs ou par contrat de mariage

ou même, suivant Pothier, par un acte quelconque, à la condition qu'il fût écrit. Quant au rappel *extrà terminos juris*, il était considéré plutôt comme un legs que comme destiné à suppléer à la représentation, et le rappelé était toujours tenu de demander la délivrance de son legs à l'héritier. En conséquence, ce genre de rappel ne pouvait être contenu que dans un testament, puisque seul le testament contient des legs (1). On avait la faculté de rappeler à la succession non seulement tous les enfants d'un frère prédécédé, mais aussi l'un d'entre eux.

Qu'arrivait-il lorsque le *de cujus* n'avait rappelé à sa succession que l'un de plusieurs enfants de frère prédécédé ? Le rappelé pouvait-il bénéficier de la portion tout entière que son père aurait eue, si celui-ci avait vécu, ou n'obtenait-il que la part qu'il aurait acquise dans la subdivision de cette portion, si ses frères et sœurs eussent été rappelés comme lui ? D'après quelques auteurs (2) le rappelé pouvait revendiquer la portion entière ; mais ce n'était pas l'avis général. « Le rappel, dit Pothier (p. 267), est une institution destinée à suppléer au défaut de la loi qui n'a pas admis la représentation ; elle ne doit donc accorder au rappelé que ce que lui aurait accordé la loi de la représentation, si la coutume l'eût admise ; or, ce neveu ayant des frères, la représentation ne lui aurait pas accordé le total de la portion qu'aurait eue son père, mais seulement une part virile dans cette

(1) *Sic*, Ricard et Pothier, *ibid.*, p. 266.

(2) Guiné, *Traité de la représentation*.

portion ; puis, s'ils sont quatre enfants, il aurait eu le quart de cette portion ; le rappel ne doit donc lui accorder que le quart de cette portion ; les frères survivants doivent profiter du surplus ; de même qu'ils auraient profité du total de la portion du prédécédé, si aucun des enfants du prédécédé n'eût été rappelé, de même ils doivent profiter des trois quarts de cette portion, lorsque trois des quatre enfants de ce prédécédé n'ont point été rappelés. » La controverse qu'avait suscitée cette question ne s'élevait pas, bien entendu, lorsque le *de cujus* avait déclaré qu'il rappelait son neveu à la succession pour toute la portion qu'aurait eue son père. Aucun motif ne pouvait dans ce cas s'opposer à ce que la volonté du défunt reçût exécution. La seule question susceptible d'être agitée en pareil cas était celle de savoir si, le rappelé recevant plus que la représentation lui aurait attribué, le rappel n'était pas *extrà terminos juris*.

D'autres différences séparaient les deux catégories de rappel. Le rappel *intrà terminos juris* équivalait véritablement à une représentation : il suppléait au défaut de représentation dans les coutumes qui ne l'avaient pas admise. Par suite, les personnes rappelées étaient de véritables héritiers par représentation de leur père ou mère, pour la portion qu'aurait eue leur père ou mère si ceux-ci avaient vécu. En conséquence, ceux qui sont rappelés *intrà terminos juris* ont la saisine dès le jour du décès et sont dispensés de demander à l'héritier la délivrance de cette portion. Au contraire, le rappel *intrà terminos juris* ne supplée pas à la représentation,

ne fait pas un véritable héritier ; n'étant qu'un simple légataire de la portion qui lui revient, le rappelé n'est pas saisi et doit obtenir la délivrance des biens qui lui échoient.

Enfin le rappel donnait lieu à une autre difficulté : une personne a un frère et un neveu issu d'un frère prédécédé : elle rappelle ce neveu à sa propre succession. Ultérieurement, le frère survivant vient à mourir depuis le rappel. Quel va être désormais le sort de ce rappel ? Dans l'opinion dominante, le rappel s'évanouit alors ; la conséquence est que le neveu en faveur de qui il avait eu lieu va succéder par têtes, de son chef, avec les enfants de l'autre frère, et non par souche : « La raison en est, déclare Pothier (p. 269), que le rappel n'est fait que pour suppléer la représentation que la Coutume n'a pas admise. D'où il suit que le neveu, fils du frère prédécédé, n'ayant plus besoin de représentation par le décès arrivé du frère qui restait, il ne doit plus y avoir lieu au rappel. Néanmoins, ajoute Pothier, la question peut souffrir quelque difficulté, et on pourrait peut-être dire que le neveu, enfant du frère décédé le premier, pourrait prétendre la moitié des biens du défunt, nonobstant la mort de l'autre frère qui restait et que les enfants de cet autre frère qui a consenti au rappel ne peuvent la lui contester. »

Telle est cette institution du rappel, fréquente au moyen-âge, surtout par contrat de mariage, et qui constituait une véritable représentation dérivant de la volonté du défunt au lieu de venir de la loi.

CHAPITRE III

LA REPRÉSENTATION DANS LES PAYS COUTUMIERS DEPUIS LA RÉDACTION DES COUTUMES.

Avant d'exposer les règles relatives à la représentation dans les coutumes rédigées, et pour mieux comprendre son fonctionnement, nous devons retracer rapidement les principes gouvernant la dévolution héréditaire.

Ici, la notion romaine de l'unité du patrimoine, qui s'est transmise aux pays de droit écrit, est une conception inconnue. La succession est déférée, non seulement d'après les degrés de parenté, mais encore selon le régime des biens, au moins pour les immeubles, qui se divisent en acquêts, assimilés aux meubles pour la dévolution, et en propres, soumis à des règles spéciales (notamment exclusion des femmes). Cette distinction de la nature des biens, due à la tradition germanique, se complique d'une autre, propre au régime féodal qui, pour la succession aux fiefs, organise des règles particulières (privilège de masculinité, droit d'aînesse, exclusion des ascendants, règle *paterna paternis, materna maternis* résultant des formules de concession des fiefs). On est ainsi amené à établir des différences selon la qualité

des biens et à envisager deux nouvelles catégories de successions : la succession aux biens nobles et la succession aux biens roturiers. En sorte que, sous la triple influence du respect des affections présumées du défunt, du principe de la conservation des biens dans les familles et de la distinction des successions nobles et des successions roturières, cinq éléments entrent en ligne dans la dévolution des hérédités : le degré de parenté, la nature des biens (meubles et immeubles), leur origine dans le patrimoine du défunt (propres et acquêts), la qualité des biens (fiefs nobles et tenures roturières), enfin la qualité noble ou roturière des héritiers eux-mêmes.

Sous l'influence de la Novelle 118, les parents furent classés en trois ordres d'héritiers : ascendants, descendants, collatéraux ; chaque ordre exclut le suivant, et, dans chaque ordre, on suit la proximité du degré.

En outre, du ^{xiii}^e au ^{xvi}^e siècle, s'est formée la classification des biens en deux groupes : les meubles et les immeubles, avec cette observation que les immeubles eux-mêmes se subdivisent ; il y a, d'un côté, les immeubles réels ou par leur nature ; de l'autre, les immeubles fictifs, c'est-à-dire les immeubles par destination, les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent (servitudes prédiales), enfin les immeubles fictifs (offices et rentes foncières). En général, dans la plupart des Coutumes, les meubles constituent une masse unique, qui est déférée tout entière à certains héritiers ; au contraire, les

immeubles forment plusieurs masses suivant leur origine, leur qualité ou la qualité des héritiers.

Une seconde distinction est spéciale aux immeubles : celle des propres et des acquêts. Au point de vue successoral, les acquêts sont les immeubles qui sont entrés dans le patrimoine du défunt à un titre quelconque, à l'exception de ceux compris dans la succession légitime d'un parent quelconque ou dans une donation entre vifs consentie par un ascendant. A l'opposé, les propres sont les immeubles donnés par un ascendant ou que le *de cujus* a recueillis dans la succession d'un parent. Les règles successorales afférentes à la division des immeubles en acquêts et en propres sont au nombre de deux : les acquêts et les meubles sont réunis en une masse commune, dévolue suivant des règles analogues. Les propres, qui forment le patrimoine familial, sont dévolus suivant d'autres principes, dont voici les deux principaux : 1° les propres ne remontent pas, par suite les ascendants en sont exclus ; 2° ils doivent être attribués également aux deux lignes : *paterna paternis, materna maternis*.

Une troisième distinction des biens tient à leur qualité ; il y a, d'un côté, les biens nobles, de l'autre, les biens roturiers ; cette qualité des biens s'apprécie uniquement par rapport au possesseur de la terre. Sont nobles les biens possédés par le défunt à titre de vassal, et aussi les alleux nobles, à partir du xiv^e siècle. Sont roturiers les censives, champarts, bourgages, baux à

complant, locataires perpétuelles, en un mot tout ce qu'il possédait à titre de censitaire ou de champartier et en outre les alleux non nobles. En général, les coutumes organisent la dévolution des biens nobles d'après des règles particulières, sans distinguer la qualité des héritiers, nobles ou roturiers, et ces biens sont transmis ainsi qu'il suit : le privilège de masculinité aboutit à exclure les femmes ; les ascendants n'ont aucune vocation, enfin le privilège de primogéniture s'applique.

Toutefois, s'il est exact de dire qu'en principe, les coutumes considèrent plutôt les biens que les héritiers pour fixer la transmission héréditaire, il y en a d'autres dans lesquelles la qualité de noble possédée par l'héritier entraîne toujours, à titre de privilège personnel, l'application des règles de la succession noble, même pour les immeubles roturiers et les meubles. Il en est ainsi surtout dans l'Ouest (Coutumes du Maine, de l'Anjou, de la Touraine, du grand Perche, du Loudunois). Dans d'autres Coutumes, les héritiers roturiers sont gouvernés par les principes des successions roturières, même pour l'acquisition des fiefs (Aunis, Angoumois, Haute-Marche, Berry, Nivernais, Bourbonnais, Auvergne).

D'ailleurs il n'est pas possible de préciser davantage. Klimrath a compté dans les Coutumes rédigées une trentaine de système de dévolution différents, dont au moins treize sur le droit d'aînesse ; de plus chaque système était lui-même compliqué par des variantes. Il n'est pas dans notre sujet d'entrer dans l'examen de ces détails.

En s'arrêtant aux idées générales, on est amené à distinguer trois catégories de successions : 1° la succession aux meubles et acquêts ;

2° la succession aux propres ;

3° la succession aux biens nobles.

Mais les auteurs du xvii^e et du xviii^e siècles se trouvent d'accord pour déclarer que les règles qui gouvernent la succession aux meubles et acquêts roturiers ont un caractère général et s'appliquent à tout régime successoral, sauf à les combiner avec les dérogations motivées par la nature ou la qualité de tel ou tel bien. Finalement, on peut tracer un tableau d'ensemble du droit successoral coutumier, en se référant à trois groupes de règles : celles de droit commun, appliquées sans dérogation à la succession aux meubles et acquêts roturiers ; celles particulières à la succession aux propres ; enfin celles spéciales aux biens nobles.

I. — Les règles de droit commun qui, dans la plupart des coutumes, s'appliquent sans dérogation aux meubles et acquêts roturiers, sont au nombre de trois :

1° Il y a trois sortes d'héritiers : descendants, ascendants et collatéraux ; chaque ordre ne vient qu'à défaut du précédent ; aucune confusion ne règne entre eux ;

2° Dans chaque ordre, la proximité du degré décide de la vocation successorale ;

3° S'il y a plusieurs parents au même degré, ils partagent par tête (1).

(1) Cf. Lebrun, Pothier, *Traité des successions*.

Les descendants sont appelés à la succession sans limitation de degré et avant tous autres héritiers. C'est ce qu'exprime Loysel, en disant : « tant que la tige a souche, elle ne se fourche » (*Institutes coutumières*). Pothier énonce le même principe sous une autre forme : « C'est là une loi de nature dont les coutumes ne se sont pas écartées » (1).

Dans cet ordre, le principe est l'égalité complète entre les héritiers (Cout. Paris, art. 302 : « Les enfants héritiers d'un défunt viennent également à la succession d'y celui, fors et excepté les héritages tenus en fief ou franc-alleu noble, selon les limitations mentionnées au titre des fiefs »). Toutefois, cette égalité reçoit une exception résultant de l'admission de la représentation, sur laquelle nous reviendrons *infra*.

Le second ordre d'héritiers est formé par les ascendants. Ceux-ci sont appelés sans distinction de sexe, sauf en Normandie ; ils viennent à la succession d'après la proximité du degré, sans qu'il y ait de fente ; les ascendants les plus proches recueillent la totalité des biens. Enfin, s'il y a plusieurs ascendants du même degré, ils partagent entre eux par têtes.

En l'absence d'héritiers en ligne directe, la succession est dévolue aux collatéraux, qui succèdent sans limitation de degré ni distinction de sexe ni fente ; la règle de la proximité du degré est observée ; s'il y a plusieurs collatéraux d'un degré égal, le partage s'ef-

(1) Pothier, *Traité des successions*, p. 99.

fectue entre'eux par têtes ; mais ici encore ces règles ont été modifiées par l'admission de la représentation.

II. — Les règles particulières à la succession aux biens propres se combinent, dans la plupart des Coutumes, avec les règles générales, quand il s'agit des propres roturiers. Ces règles spéciales sont au nombre de deux : 1^o « propres ne remontent » ; 2^o *paterna paternis, materna maternis*.

En vertu de la première, les descendants sont d'abord appelés à la succession aux propres, et ils recueillent les propres comme les meubles et les acquêts. A leur défaut, la vocation des collatéraux s'ouvre ; enfin, en l'absence de ceux-ci, les biens tombent en déshérence.

Quant à la règle *paterna paternis, materna maternis*, elle signifie que les propres paternels ne peuvent passer qu'à des parents paternels et que les propres maternels ne sauraient advenir qu'à des parents maternels. L'application de cette règle se limite aux biens propres ; elle était en corrélation absolue avec l'idée de la conservation des biens dans les familles (1).

III. — Enfin, des règles particulières s'appliquaient aux biens nobles, c'est-à-dire aux fiefs, et, à partir du xiv^e siècle, aux alleux nobles, que les héritiers soient nobles, ou roturiers, sauf les restrictions que nous avons signalées. Les règles dont il s'agit sont dominées par des considérations politiques et militaires ; elles peuvent être résumées dans le privilège de masculinité ou exclu-

(1) Glasson, *Hist. du droit et des instit. de la France*, t. VII, p. 462 et s.

sion des femmes : il faut, avant tout, que le titulaire du fief puisse rendre les services qu'en attend le suzerain, service militaire et service de justice, que les femmes sont incapables d'accomplir (1). Les ascendants sont exclus également (« feudum non ascendit »). La même exclusion concerne les collatéraux, sauf s'ils étaient compris dans la formule d'inféodation ; enfin, la dévolution héréditaire du fief, considéré comme indivisible, est dominée par le privilège de primogéniture. Les femmes ne sont d'ailleurs exclues par les mâles qu'à égalité de degré.

Le privilège de masculinité ne donne lieu à aucune difficulté quand les héritiers mâles et femmes arrivent à la succession de leur chef. Mais que décider, quand il y a représentation ? Faut-il, pour fixer la dévolution héréditaire, s'attacher au sexe du représenté ou à celui du représentant ? On finit par admettre qu'on devait prendre en considération le sexe du représenté et non celui du représentant. C'est à ce sujet que se posa la célèbre question de savoir si la représentation donne aux filles d'un fils aîné prédécédé le préciput d'aînesse auquel aurait eu droit leur père s'il avait vécu : C'est l'hypothèse où une fille, qui vient à la succession de l'aïeul par représentation de son père prédécédé, ne trouve en face d'elle que des sœurs de son père. Si le père avait vécu, il aurait exclu celles-ci. Faut-il donc décider qu'elles ne jouiront pas d'un sort meilleur en présence de leur sœur ? Certaines Coutumes (Reims,

(1) Lebrun, *Successions*, liv. II, chap. II, sect. 2, § 2.

Laon) admettaient, par bienveillance, qu'en pareil cas, il y aurait concours et que la fille venant par représentation de son père ne recueillerait qu'une part virile de la succession de l'aïeul. Mais les Coutumes de Paris (art. 313) et d'Orléans (art. 321) se prononçaient pour l'exclusion des sœurs par la fille invoquant la représentation. Pothier s'attache assez longuement à justifier cette décision qui, assurément, n'était guère conforme à l'équité : « La raison de cette décision paraît très plausible ; la représentation peut bien faire succéder les filles de l'aîné, petites-filles du défunt, au degré qu'occupait leur père, mais elle ne peut pas leur communiquer le sexe de leur père, ni par conséquent leur faire passer le droit d'aînesse de leur père, inséparable de son sexe, ni les faire succéder au préciput d'aînesse, qui est un droit attaché au droit d'aînesse. Nonobstant ces raisons, les Coutumes de Paris et d'Orléans et plusieurs autres décident que les filles de l'aîné représentent leur père au droit d'aînesse ; la raison en est que, la représentation substituant les représentants à la portion de la personne qu'ils représentent, ils doivent l'avoir telle quela personne représentée l'aurait eue elle-même ; que les représentants ne succèdent point de leur chef, mais du chef de la personne qu'ils représentent. Ce n'est point dans leur personne que l'on doit rechercher ni le sexe, ni les qualités nécessaires pour succéder au droit d'aînesse, mais dans la personne qu'ils représen-

tent, qui doit à cet égard être sur ce représentée » (1).

Cette solution ne laisse pas cependant d'aboutir à une conséquence singulière : si la fille représentant son père se trouve en présence à la fois de sœurs et d'un frère de son père, la présence de ce frère aboutit à l'exclusion des sœurs, puisqu'il possède le privilège de masculinité, et cependant la nièce va profiter également du même bénéfice. D'autre part, en supposant que le frère renonce à la succession, la solution n'est pas changée et la nièce (ou les neveux) continuent à profiter de l'exclusion des sœurs du représenté.

En ce qui concerne la seconde règle spéciale aux successions nobles, savoir que « *feudum non ascendit* », nous n'avons aucune explication à présenter, car on sait que la représentation n'a jamais été admise en ligne directe ascendante. Nous n'insistons pas davantage sur l'exclusion des collatéraux de la succession au fief (laquelle cessait, lorsque la formule d'inféodation appelait les collatéraux à recueillir le fief).

Le droit d'aînesse qui n'existe, en principe, que dans les successions en ligne directe, a, au contraire, soulevé quelques difficultés lorsqu'il y a lieu à représentation. Ainsi, il y a des cas où le droit d'aînesse se trouvera appartenir à un enfant très jeune, ou à une fille, à l'encontre d'un héritier mâle. Il faut supposer, pour cela, que le fils aîné est prédécédé, laissant des enfants pour le représenter. Les enfants de l'aîné viendront alors

(1) *Successions*, ch. II, art. 1^{er}, § 3, p. 114, éd. Barrois.

concourir avec les frères et sœurs de leur père prédécédé. Mais, en vertu du principe que les représentants entrent dans la place et succèdent aux droits des représentés (Pothier, p. 115), il semble que les enfants du représenté auront le droit de prendre une part d'ainé, comme l'aurait fait leur auteur, puisqu'ils ont les droits mêmes qui appartenaient à ce dernier. Aucune difficulté ne peut s'élever à cet égard, si le représentant est un petit-fils, et toutes les coutumes tombent d'accord sur ce point. Faut-il maintenir la même solution si le représentant est une fille ? La raison de douter vient de ce que le privilège d'aînesse va appartenir alors à un héritier du sexe féminin ; mais cette considération est indifférente, en principe, puisque c'est au sexe du représenté et non à celui du représentant qu'il convient de s'attacher.

Cependant, les Coutumes, sur cette difficulté, s'étaient divisées en 3 groupes : dans un premier groupe, la Coutume de Meaux considérait que, en raison de son sexe, la fille ne peut jamais représenter son père, au point de vue du droit d'aînesse ; elle ne doit prendre que la part d'une femme. La Coutume de Blois, dans sa première rédaction, se prononçait dans le même sens. Dans d'autres coutumes, on distinguait suivant le sexe des personnes avec lesquelles la fille venant en représentation se trouvait en concours ; si elle concourt avec un fils puîné du défunt ou avec des représentants mâles de ces puînés mâles, elle est écartée du droit

d'aînesse, qui est attribué au plus âgé des puînés survivants ou au représentant du puîné prédécédé. Mais si la fille n'est en concours qu'avec des femmes, sœurs du fils aîné prédécédé, elle sera admise à réclamer le droit d'aînesse ; telle était la disposition de la coutume de Blois, deuxième rédaction. Dans les coutumes d'Auxerre, de Châlons, de Chaumont, de Laon, de Melun, de Reims, de Troyes et de Vichy, la fille ne pouvait se prévaloir d'un droit d'aînesse en présence de ses oncles. Un troisième groupe de Coutumes s'attachait uniquement aux règles ordinaires de la représentation. L'article 134 de l'ancienne Coutume de Paris n'était pas très clair sur ce point ; il portait que « quand il y a enfant mâle du fils aîné survivant à son père, en venant à la succession de ses aïeul et aïeule, il représente son dit père au droit d'aînesse ; et, s'il n'y a que des filles, elles représentent leur dit père toutes ensemble et partagent avec leur oncle sans droit d'aînesse pour les dites filles. » De ce texte, il semblait résulter que, si les enfants mâles de l'aîné avaient le pouvoir de le représenter au droit d'aînesse, les filles ne possédaient pas la même faculté et qu'on avait hésité à leur attribuer, quand elles étaient en concours avec les oncles, un privilège qui, jusque-là, avait été réservé aux mâles. Mais un arrêt de Paris, de 1550, rapporté par Dumoulin, et, ajoute Pothier, « par tous les auteurs » (p. 116), avait jugé que les filles pouvaient représenter leur père dans la succession de l'aïeul au point de vue du droit d'aî-

nesse. On avait donné pour raison que, les filles venant alors par représentation de leur père, ce n'était pas dans leur personne, mais dans celle de leur père qu'il convenait de rechercher les qualités nécessaires pour invoquer le droit d'aînesse. La doctrine de l'arrêt de 1550 passa dans l'article 324 de la Coutume de Paris, réformée en 1580 : « Les enfants de fils aîné, soit mâles ou femelles, survivant à leur père, venant à la succession de leur aïeul ou aïeule, représentent leur dit père au droit d'aînesse, et, s'il n'y a que des filles, elles représentent leur père toutes ensemble pour une tête au dit droit d'aînesse et sans droit d'aînesse entre elles. » Dans le même sens se prononçaient les Coutumes de Mantes, Montfort, Etampes, Orléans et du Berry.

Fallait-il suivre l'opinion adoptée par les Coutumes de cette catégorie et favorable à la fille de l'aîné, dans les Coutumes qui étaient muettes sur la difficulté ? Une controverse régnait à cet égard. Pothier inclinait à leur étendre la Coutume de Paris, non qu'elle constituât le droit commun de la France, mais parce qu'il s'agit « d'un point de jurisprudence qui doit, conséquemment, avoir lieu dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas »⁽¹⁾.

Mais qu'arrivait-il dans l'hypothèse, plus compliquée, où l'aîné prédécédé avait laissé plusieurs enfants pour

(1) *Successions*, p. 446.

le représenter dans la succession de l'aïeul ? Ces enfants vont procéder à un partage de la part que leur père aurait eue dans la succession du grand-père. Seulement sur quelles bases va s'opérer ce partage ? Il fallait encore distinguer.

D'abord, s'il y a des mâles parmi les représentants, on doit leur appliquer, dans leurs rapports réciproques, la règle du droit d'aînesse. C'est ce qui résulte de la Coutume d'Orléans : « La succession se répartira entre les enfants du fils aîné, le droit de prérogative gardé à l'aîné des dits enfants » (1). La même solution régnait à Paris, bien que la Coutume fut muette sur ce point, et à Etampes. Comment justifiait-on ce préciput accordé à l'aîné dans cette subdivision ? D'après Lebrun, les représentants étaient regardés comme partageant la succession de leur père, et, dans cette succession, un préciput revient à l'aîné d'entre eux. Mais Pothier conteste l'explication de Lebrun et il en indique une autre : « Les subdivisions des successions doivent se régler sur le partage principal, et on doit observer les mêmes règles que dans le partage principal ; d'où il suit que, de même que le partage principal doit se faire à la charge d'un préciput et droit d'aînesse en faveur de l'aîné, de même la subdivision doit se faire à la charge d'un préciput et droit d'aînesse en faveur de l'aîné de ceux entre qui se fait la subdivision » (2).

(1) Pothier, *Successions*, p. 126.

(2) Pothier, *Successions*, p. 127.

Les Coutumes n'avaient prévu que le cas de prédécès de l'aîné. Mais que décider si un fils puîné était décédé ? Comment le partage s'opérait-il entre les descendants de ce puîné ? La difficulté naît ici, dit Pothier, de ce que les Coutumes n'ont parlé que de la subdivision du lot échu à la branche aînée ; mais il se prononce pour l'extension du préciput d'aînesse à la subdivision des lots des branches cadettes, puisqu'il faut organiser les sous-partages à l'imitation du partage principal. Il ajoute, d'ailleurs, qu'une sentence du présidial d'Orléans de 1689, rapportée par l'éditeur de la Coutume d'Orléans en 1711, avait accepté cette manière de voir.

Enfin, si l'aîné prédécédé n'avait laissé que des filles pour le représenter, il n'y avait plus lieu au droit d'aînesse et toutes partageaient également. C'est ce qui ressort de l'article 324, *in fine*, de la coutume de Paris : « S'il n'y a que des filles, elles représentent toutes ensemble l'aîné leur père, pour une tête au dit droit d'aînesse et sans droit d'aînesse entre elles. » Une disposition analogue était contenue dans l'article 105 de la Coutume de Montfort et dans l'article 192 de la Coutume de Péronne (titre 8) : « toutefois, la fille de l'aîné ne représentera pas son père en la succession de l'ayeul ou ayeule en droit de primogéniture » (1). On en donnait pour raison que c'était seulement en faveur du fils aîné que le droit d'aînesse avait été établi pour la con-

(1) Guénoys, *Conférence*, p. 720 et s.

servation des biens dans les familles. On sait que le droit d'aînesse comprenait à la fois un préciput sur la succession, c'est-à-dire le manoir principal et une certaine quantité de terre féodale, un ou deux arpens (« le vol du chapon ») autour du manoir. En outre, le droit d'aînesse conférait une part avantageuse, qui se prenait en principe sur les biens nobles autres que ceux formant le préciput (p. ex. fiefs et alleux nobles).

Après avoir ainsi parcouru celles des règles particulières aux successions des propres et aux successions des biens nobles qui avaient une influence sur la représentation, il nous faut maintenant revenir sur les règles générales de droit commun, relatives aux meubles et acquêts, qui, en principe, s'appliquent à tout régime successoral, sauf les modifications résultant des dérogations que nous avons étudiées. C'est à ce propos qu'un examen d'ensemble de la théorie coutumière de la représentation doit être entrepris. Il portera sur les points suivants :

1° A quelle époque la représentation s'est-elle introduite, d'abord en ligne directe, ensuite en ligne collatérale ?

2° Quelles étaient les conditions de la représentation en droit coutumier ?

3° En faveur de quels héritiers la représentation était-elle admise ?

4° Quels étaient les effets de la représentation coutumière ?

SECTION I

A quelle époque s'est introduite la représentation ?

Il est certain que la rédaction officielle des Coutumes (xvi^e siècle) marque l'époque où la représentation fut acceptée en France. Pothier la définit : « Une fiction de la loi par laquelle des enfants sont rapprochés et placés dans le degré de parenté qu'occupait leur père ou mère, lorsqu'il se trouve vacant, pour succéder au défunt en leur place, avec les autres enfants du défunt » (1). Avant le xv^e siècle, la représentation, d'une manière générale, n'était pas admise. Si, au xiii^e siècle, la jurisprudence de l'Echiquier de Normandie l'avait acceptée en faveur du fils aîné d'un fils prédécédé, il est certain qu'elle n'existait pas à Paris au xiv^e siècle, puisque, d'après Jean Desmares, elle ne saurait profiter aux petits-enfants du défunt que si celui-ci a prévu le prédécès de son fils dans le contrat de mariage de ce dernier et y a inséré une clause de rappel des petits-enfants à sa propre succession. Donc, la représentation n'a été que tardivement connue dans la région parisienne.

En 1509, elle s'introduit à Orléans, et en 1510 à Paris. Toutefois son admission avait soulevé des résistances. Le projet de l'article 133 de la Coutume de Paris, première rédaction, portait que « par la Coutume de la

(1) *Successions*, éd. Barrois, p. 101.

prévôté et vicomté de Paris, représentation n'a point de lieu, s'il n'a été réservé en traitant le mariage, et s'il est réservé à l'un il est réservé aux autres ». Toutefois, des critiques furent dirigées contre cette rédaction et le mouvement, qui s'était manifesté dans l'opinion, amena le redressement de ce texte, si bien que, dans sa rédaction définitive, l'article 133 dispose qu'« en ligne directe représentation a lieu ». Mais l'admission de la représentation ne s'étendit pas à la ligne collatérale ; d'après l'article 149 de la Coutume de Paris de 1510 « en ligne collatérale représentation n'a point de lieu ». L'oncle n'avait qu'une ressource pour transmettre sa succession aux petits-enfants d'un frère prédécédé, c'était de les rappeler à son hérédité. Toutefois les Parlements, sous l'influence du droit romain et des légistes, se montrèrent de plus en plus enclins à l'extension de la représentation à la ligne collatérale ; si bien que, dans la seconde rédaction de la Coutume de Paris (1580), la représentation fut organisée en faveur des collatéraux. L'article 320 dispose, en effet, que « en ligne collatérale, représentation a lieu quand les neveux ou nièces viennent à la succession de leur oncle ou tante avec les frères ou sœurs du décédé ; et, au dit cas de représentation, les représentants succèdent par souche et non par têtes ».

L'idée de représentation suivit une progression analogue dans la Coutume d'Orléans ; l'article 244 de cette Coutume, rédaction de 1509, portait « qu'en ligne directe représentation aura lieu, soit qu'elle soit expres-

sément accordée ou non par lesdits père, mère, aïeul ou aïeule, constant leur mariage, ou par l'un d'eux, le mariage dissolu ». Quant à la représentation en ligne collatérale, elle était écartée par l'article 249 : « représentation n'a lieu en succession collatérale, si non du consentement de tous ceux qui y ont intérêt ». Les mots « aura lieu » de l'article 244 montrent que, avant 1509, la représentation n'était pas admise à Orléans. Mais, en 1580, la représentation fut introduite à la fois en ligne directe et en ligne collatérale dans la Coutume d'Orléans, dont l'article 318 porte : « En ligne collatérale, les neveux et nièces viennent par représentation de leur oncle ou tante avec les frères et sœurs du décédé ; et, en cas de représentation, les représentants succèdent par souche et non par têtes ; et, outre le dit degré, représentation n'a lieu. »

Dans la Coutume d'Anjou, réformée en 1508, la représentation fut admise à l'infini en ligne directe comme en ligne collatérale : « La représentation a lieu au dit pays tant qu'on peut trouver, nommer et montrer son lignage » (art. 225).

La Coutume de Saintonge (art. 7 et 8) admet aussi la représentation en ligne directe comme en ligne collatérale (1).

Les Coutumes de Lille (ch. I, art. 16), de Douai (ch. I, art. 7), d'Orchies n'admettaient la représentation qu'en

(1) Cf. Bures, *Des successions « ab intestat » et testamentaires dans la Coutume de Saintonge*, Thèse, Paris, 1900, p. 63 et s.

ligne directe. Celle d'Ostende admettait la représentation à l'infini, aussi bien en ligne directe qu'en ligne collatérale : « La représentation a lieu en matière de succession, soit que les enfants des frères et sœurs représentent leurs père et mère et viennent à partager les biens de leurs grand-père et grand-mère, avec leurs oncles et tantes, comme leurs père et mère feraient s'ils vivaient. Pareillement, la représentation a lieu en tout autre degré de succession que ce soit, direct ou collatéral, si longtemps que l'on peut trouver la parenté, quelque éloignée qu'elle soit » (Rubrique XIII, art. 1 et 2).

La Coutume de la Châtellenie d'Ypres, celles des villes d'Ypres et de Rousselaer accordaient aussi le bénéfice de la représentation aux collatéraux, la première jusqu'au quatrième degré, les deux autres jusqu'au huitième (1).

La Coutume de Montfort-l'Amaury (art. 104), rédaction de 1646, décide que la représentation a lieu en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale seulement au profit des enfants de frères et sœurs.

Enfin, les Coutumes du Grand'Perche sont parmi les premières qui aient adopté, d'une façon générale, pour les nobles aussi bien que pour les roturiers, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale, le système de la représentation. C'est ce qui résulte déjà de la première rédaction de la Coutume en 1505, sauf toutefois,

(1) Cf. Van de Walle, *Le régime successoral des Coutumes de Flandre*, Thèse, Caen, 1902, p. 71 et 72.

ce qui est assez singulier, une seule restriction relative à la succession aux meubles et acquêts roturiers à laquelle on ne peut être appelé que par la proximité du degré (1). Dans sa seconde rédaction, en 1558, la Coutume du Grand'Perche ne contient plus aucune restriction de ce genre, et, d'après l'article 151, tous les héritiers peuvent invoquer la représentation sans distinguer selon les biens que comprend la succession : « Entre nobles et roturiers, représentation a lieu indéfiniment tant en ligne directe que collatérale et succèdent les descendants ou collatéraux du défunt et étant entre eux en pareil ou inégal degré, par souche et non par têtes. »

Cependant, il y avait des Coutumes qui n'admirent jamais la représentation. Ainsi, « en Hainaut, représentation n'a pas lieu », porte la charte de 1534, qui a joué un rôle considérable dans l'histoire juridique du Hainaut, en traduisant en articles de loi nombre de règles qui n'existaient jusque là qu'à l'état de simples pratiques. Pothier rapporte également que les Coutumes d'Arras (tit. III, art. 17), de Ponthieu (tit. I, art. 8), du Boulonnois (tit. XX, art. 16) et de l'Artois (tit. II, art. 93), rejetaient la représentation, même en ligne directe (2). A l'inverse, la Coutume de Touraine avait accepté la représentation dès 1461.

On voit, par cet aperçu, que la représentation ne fit

(1) Guitton, *Le droit successoral des coutumes du Grand'Perche*, Thèse, Paris, 1906, p. 105.

(2) Pothier, *Successions*, p. 102, et Guénoys, *Conférence*, p. 720 et s.

son apparition en France que lors de la rédaction officielle des Coutumes. Dans toutes, elle s'introduisit avec le caractère d'une fiction, et cette idée de fiction a persisté jusqu'au Code civil. Elle est formellement exprimée par la définition donnée par Pothier, aussi bien dans celle figurant au *Traité des successions* que dans la définition mentionnée à l'introduction au titre 17 de la Coutume d'Orléans. Cette idée de fiction engendra les conséquences suivantes : la représentation procurant artificiellement au représentant la place du représenté, les droits de ce dernier ne pouvaient être exercés que lorsque sa place était vacante ; par suite, la représentation était impossible lorsque le représenté était vivant, alors même qu'il avait été écarté de la succession soit par sa renonciation, soit par son incapacité ou son indignité. Ce principe fut formulé par Dumoulin sur l'article 241 de la Coutume du Maine, et, dans leurs *Traités des successions*, Lebrun, et Pothier (1) acceptèrent sans hésiter la même doctrine.

SECTION II

Des conditions de la représentation en droit coutumier.

Ces conditions peuvent être rangées en deux catégories différentes : les unes font partie des principes généraux applicables à la dévolution d'une succession ; les autres sont spéciales à la représentation.

(1) *Successions*, p. 108.

1° Pour recueillir une succession, soit de son chef, soit par représentation, il faut être capable de succéder. Pour cela, il ne faut pas être compris au nombre des personnes qui sont inaptes à succéder ; tel est le cas des serfs, des aubains, ou étrangers non naturalisés ; des morts civils, c'est-à-dire des condamnés à une peine capitale ; des religieux profès (on entend par là ceux qui ont prononcé des vœux solennels) ; la *professio religiosa* faisait encourir à ceux qui l'exerçaient une sorte de *capitis deminutio* qui entraînait l'incapacité de recueillir une succession *ab intestat*. Les religieux profès sont incapables de succéder à leurs parents, et le monastère ne peut exercer à leur place le droit héréditaire qui leur est dévolu.

D'autre part, le représentant ne doit être sous le coup ni d'une exhérédation ni d'une cause d'indignité par rapport au *de cuius* ; l'exhérédation est un acte par lequel une personne exclut de sa succession pour un motif légitime tel ou tel de ses parents. Les Coutumes qui mentionnent ce droit d'exhérédation se bornent à reproduire la Nouvelle 115, ch. III, de Justinien, qui admettait 14 causes d'exhérédation. L'indignité encourue par le représentant entraîne aussi l'exclusion de la succession.

Enfin, le représentant doit exister ou au moins être conçu au moment de l'ouverture de la succession à laquelle il prétend faire valoir des droits.

2° En outre, le représentant doit réunir les conditions spéciales de la représentation :

a) Il faut que les représentants soient les enfants ou les descendants des représentés, mais peu importe qu'ils soient leurs héritiers ;

b) La représentation n'est possible qu'à l'égard des personnes qui n'existent plus lors de l'ouverture de la succession à laquelle il s'agit d'arriver ;

c) La seule représentation autorisée est celle des personnes qui seraient venues à la succession du défunt si elle lui avait survécu.

A. — Il est nécessaire que les représentants soient les enfants ou les descendants des représentés. Lebrun indique cette règle dans les termes suivants : « La représentation ne vient que de la liaison, pour ne pas dire de l'identité du père et du fils, et c'est pour cela qu'il n'y a que les enfants qui représentent et que cela n'est jamais permis dans quelque cas que ce soit, aux collatéraux. Ce droit a son fondement dans la nature, qui fait une subrogation perpétuelle des enfants au père, et rend un père mort dans la personne du fils qui lui survit » (1). Plus concise est la Coutume de Bourgogne, quand elle déclare que « ce qui échet au père échet au fils » (Tit. 17, art. 19). L'avantage de la représentation est, en effet, qu'elle répare le préjudice causé à des enfants par la mort prématurée de leurs père et mère.

Mais, s'il est nécessaire que le représentant soit le descendant du représenté, il n'est pas indispensable

(1) L. III, ch. v, sect. 1, n° 40.

qu'il soit l'héritier de la personne qu'il représente. En effet, dans le système coutumier, la représentation ne produit pas d'autre effet que de faire monter les représentants dans le degré des représentés. Une fois qu'ils sont placés dans ce degré, ils reçoivent directement du défunt, et non du représenté, leur part de la succession.

Ce principe engendre les conséquences suivantes : d'abord, on peut représenter celui lors du décès duquel on n'était pas encore conçu. C'est ce qu'enseigne Lebrun : « Quoiqu'il n'y ait aucun texte qui dise qu'il soit nécessaire ou non d'être vivant lors du décès de celui par la représentation duquel on veut venir à une succession, toutefois il faut convenir que c'est un point de droit très indubitable qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier de celui que l'on représente » (1).

En 2^e lieu, on peut représenter une personne à la succession de laquelle on a renoncé. C'est toujours la même idée : le représentant est l'ayant cause direct de l'auteur commun, au point de vue des droits héréditaires qu'il s'agit d'exercer (2). D'ailleurs l'article 308 de la Coutume de Paris consacre implicitement cette règle en disposant que « l'enfant ayant survécu à ses père et mère et venant à la succession de son aïeul ou aïeule est tenu de rapporter tout ce qui a été donné à ses dits père et mère. » En prévoyant dans cette hypothèse l'obligation du rapport, la Coutume de Paris suppose

(1) *Successions*, liv. I, ch. 3, n° 11.

(2) Cf. Pothier, *Successions*, p. 104.

évidemment que le père donataire n'était pas fils unique et que, par suite, le petit-fils ne pouvait arriver que par représentation à l'hérédité de l'aïeul. En outre, la Coutume, en visant un enfant, qui malgré sa renonciation à la succession de son père, est admis à se porter héritier de l'aïeul, implique manifestement que la représentation peut s'appliquer à une personne dont le représentant n'a pas hérité.

On s'était demandé si l'on pouvait représenter celui de la succession duquel on aurait été exclu comme indigne. Il convient de remarquer, à ce propos, que l'indignité, à la différence de l'incapacité, rend l'héritier qu'elle atteint inapte à recueillir la succession pour laquelle il a encouru l'indignité ; mais elle ne le destitue nullement du droit de recueillir une autre succession distincte. Cette solution s'impose, étant donné la règle d'après laquelle le représentant est censé tenir ses droits non du représenté, mais de l'auteur commun. Cette doctrine avait d'ailleurs été consacrée par les Coutumes de Paris (art. 308) et d'Orléans (art. 307).

B. — La représentation ne fonctionne qu'à l'égard des personnes qui sont prédécédées. C'était la conséquence forcée de l'idée que la représentation était une fiction. Cette règle, admise presque partout, avait été condensée par Dumoulin dans une maxime célèbre, à propos de l'article 241 de la *Coutume du Maine* : « Repræsentatio nunquam est de personâ vivente, sed tantùm de parente mortuo naturaliter vel civiliter. » C'est la

conséquence de l'idée de fiction, en vertu de laquelle le représentant est censé monter dans le degré du représenté ; on ne peut venir dans le degré d'une personne, qui, étant vivante, occupe encore sa place : « représentation n'a pas lieu vivant père ou mère, car le père ou la mère des enfants sont plus prochains de leurs parents que ne le sont leurs enfants » (1). Lebrun disait aussi que la question de savoir si l'on peut représenter un homme vivant doit être sans difficulté résolue par la négative, puisque la raison se refuse à accepter qu'on entre dans la place d'un homme vivant qui remplit son degré (2). Pothier ajoute qu'on entend ici par homme vivant celui qui jouit de l'état civil (3).

Le principe que l'on ne peut pas représenter une personne vivante entraîne comme conséquence naturelle l'impossibilité de représenter un héritier qui a renoncé. Il est possible que l'héritier qui renonce soit en face de cohéritiers du même degré que lui ; alors les enfants de l'héritier renonçant sont exclus par leurs oncles et tantes et ne peuvent venir en concours avec eux à la succession par représentation de celui qui y a renoncé (art. 349 des Cout. de Paris).

Si l'héritier qui renonce ne se trouvait pas en présence de cohéritiers du même degré que lui, la succession était dévolue au successible d'un degré plus éloigné. Dans

(1) J. Desmares, *Décis.*, 282.

(2) Liv. III, ch. v, sect. 1, n° 14.

(3) *Successions*, p. 105.

cel ordre d'idées, nous sommes amené à parler de la *Représentation à l'effet de partager* : il se peut que cette représentation fonctionne dans deux hypothèses.

Première hypothèse. — Supposons d'abord que Primus vienne à mourir, laissant deux enfants, Secundus et Tertius, qui ont eux-mêmes des fils. Secundus renonce et Tertius est prédécédé. D'après Lebrun, le Président Espiard et certains autres auteurs soutenaient que la représentation entraînait pour les enfants du renonçant une incapacité absolue de concourir avec ceux des cohéritiers de leur père qui s'étaient rapprochés de son degré par le bénéfice de la représentation. De sorte que la part de Secundus renonçant revenait, par voie d'accroissement, aux enfants de Tertius, qui, par la représentation, étaient devenus les cohéritiers de Secundus. Cette conséquence exagérée de l'idée de fiction n'avait pas été sans impressionner plusieurs jurisconsultes. Ainsi, dans notre hypothèse, Dumoulin pensait que les enfants du renonçant devaient être admis à concourir avec leurs cousins, parce que tous étaient en réalité parents du défunt au même degré : « Bene venient jure suo et exsuccessorio edicto, si sint proximiores in gradu, vel æque propinqui cum aliis succedentibus vel representantibus concurrento » (1). L'opinion de Dumoulin avait été adoptée par Ricard sur l'article 309 de la Coutume de Senlis, et Basnage enseignait aussi que la re-

(1) Sur l'article 241, Cout. du Maine.

présentation avait été introduite pour admettre à la succession des parents d'un degré plus éloigné avec ceux d'un degré plus proche, mais non pour amener l'exclusion de descendants par d'autres descendants du même degré. Basnage disait avec raison que la représentation a été introduite comme un bénéfice au profit de certains successibles et non comme une mesure de nature à se retourner contre eux (1).

Mais cette doctrine plus humaine fut écartée comme se trouvant en dissidence avec les principes de la représentation et on arrive ainsi à un résultat absolument contraire au but poursuivi par la conception romaine de la représentation, qui était de faire arriver également toutes les souches du défunt à sa succession et non d'en écarter une à raison d'un acte personnel à l'un de ses membres. Ce n'est donc pas dans cette hypothèse ainsi présentée qu'apparaît la représentation, même à l'effet de partager simplement.

Mais nous allons l'apercevoir, en modifiant quelque peu notre hypothèse.

Deuxième hypothèse. — Il est possible que les deux enfants du défunt, Secundus et Tertius, aient tous deux renoncé, et que la succession soit dévolue aux petits-enfants issus en nombre inégal des enfants renonçants (un d'un côté, deux de l'autre, p. ex.). En pareil cas, la représentation à l'effet de succéder ne pouvait interve-

(1) Sur l'article 304 de la Cout. de Normandie.

nir, car elle ne fonctionnait qu'entre les successibles de degrés inégaux, et, d'autre part, elle était inapplicable lorsque l'héritier à représenter était encore vivant. La conséquence était donc que tous les petits-enfants allaient partager par têtes ; contre ces résultats avaient protesté tous les auteurs coutumiers. Basnage déjà attestait qu'en Normandie il ne fallait pas restreindre les effets bienfaisants de la représentation à la seule hypothèse où celui qu'il s'agit de représenter est décédé. La représentation, disait Basnage, a été introduite avant tout dans un but d'équité ; elle est destinée à mettre les enfants à la place du père mort avant l'aïeul ; le père ne saurait, par un acte de sa seule volonté, détruire au préjudice de ses enfants les effets de cette institution équitable (1).

Ainsi fut introduite, dans un but d'égalité, pour écarter le partage par têtes et y substituer le partage par souche, une représentation en apparence anormale, mais essentiellement équitable, *la représentation à l'effet de partager* (2).

Elle apportait dans une certaine mesure une exception à la règle coutumière d'après laquelle on ne représente pas les personnes vivantes. Les auteurs avaient d'ailleurs parfaitement concilié les deux représentations ; Lebrun déclare que le principe interdisant de représenter une personne vivante s'applique à une re-

(1) V. Basnage, sur l'art. 304 de la Cout. de Normandie.

(2) Cf. Pothier, *Successions*, éd. Barrois, p. 116.

présentation actuelle, qui fait monter dans un degré supérieur ; mais il n'interdit pas de faire, sans changer de degré, une espèce de représentation de la personne de celui qui a renoncé gratuitement et de partager par souche avec tous ceux qui sont en pareil degré (1). Pothier ajoute dans le même sens : « La maxime qu'on ne représente point un homme vivant a lieu dans la première espèce de représentation, parce qu'on ne peut succéder et entrer dans le degré d'un homme vivant qui le remplit ; mais rien n'empêche que, dans la représentation qui n'est qu'à l'effet de partager, on représente un homme vivant, c'est-à-dire que des petits-enfants de différents fils qui ont renoncé représentent leur père dans le partage, à l'effet que ceux qui sont nés de chacun des dits fils prennent tous ensemble la même part qu'aurait prise leur père, si c'était leur père qui eut succédé » (2).

En définitive, la représentation à l'effet de partager fut une réaction contre l'idée étroite de fiction et les conséquences contraires à la justice qu'elle engendrait. En même temps apparaît par là l'idée d'égalité dans le régime successoral coutumier.

C.— La troisième condition pour que la représentation soit possible en droit coutumier est la suivante : on ne peut représenter que les personnes qui auraient été appelées à la succession du défunt, si elles lui avaient sur-

(1) Lebrun, liv. I, ch. iv, sect. 6, dist. 1, nos 14 et 28.

(2) Pothier, *Successions*, éd. Barrois, p. 118.

vécu. Il ne suffit pas qu'une personne soit morte pour qu'elle puisse être représentée par ses héritiers ; il faut qu'en supposant sa survie au défunt, elle eût été capable de lui succéder, car il ne saurait être question de transmettre à un héritier plus éloigné un droit successoral qu'on ne possède pas soi-même. Cette idée avait été déduite de la Novelle 118, d'après laquelle le représentant devait recueillir dans la succession du défunt la part qui aurait été dévolue au représenté : « *Tantum ex hereditate portionem quantum eorum parens futurus esset accipere si superstes fuisset.* » En conséquence, si le représenté n'avait rien reçu dans la succession, le représentant n'aurait pu s'attendre à rien.

Jusqu'à quel point ce principe était-il appliqué ? Pouvait-on opposer au représentant toutes les incapacités qui auraient eu l'effet d'écarter le représenté ? Les auteurs coutumiers distinguaient à cet égard deux sortes d'incapacités : les unes absolues et perpétuelles, les autres purement accidentelles. Les premières pouvaient être opposées aux représentants ; les secondes n'apportaient aucun obstacle à leur vocation.

Les premières comprenaient celles résultant du sexe et de la qualité d'aubain.

Purement accidentelles, au contraire, étaient les incapacités résultant soit d'une condamnation à une peine emportant mort civile, soit de la profession religieuse.

Mais il y avait d'autres hypothèses qui avaient soulevé plus de difficultés. On s'était demandé si les enfants

d'un fils exhérédé par l'aïeul pouvait le représenter ? D'abord, si l'exhérédé avait survécu, il est certain qu'aucune représentation n'était possible. L'exhérédation l'avait dépouillé de son droit de succéder, mais non de son degré. Ses enfants ne pouvaient donc arriver par représentation dans ce degré. Pothier ajoute, à l'appui de cette solution, qu'il aurait pu éluder la peine de l'exhérédation, en recueillant, par l'intermédiaire de ses enfants, la part héréditaire dont il avait été privé (1).

Mais la représentation de l'exhérédé était-elle permise, lorsque celui-ci était prédécédé ? Pour refuser ce bénéfice à ses enfants, on peut dire que la représentation, attribuant à ceux qui en profitent la part héréditaire de leur auteur, ne saurait s'exercer dans notre cas, puisque le représenté n'aurait eu aucun droit. Cependant Pothier se prononce pour l'opinion opposée ; il se détermine par la considération que, la faute qui a fait encourir l'exhérédation, étant personnelle à l'exhérédé, ne doit pas rejaillir sur ses enfants et les empêcher de venir à la succession de l'aïeul : « Qu'est-ce donc qui peut les empêcher de venir à cette succession ? A l'égard de l'objection qu'on fait que les représentants ne sont subrogés par la représentation qu'aux droits qu'aurait eus la personne représentée, si elle eût survécu, la réponse est que les enfants de l'exhérédé sont subrogés à la part que l'exhérédé, s'il eût survécu, aurait

(1) *Successions*, p. 406.

dû avoir sans l'exhérédation, qui ne doit plus être considérée par les raisons ci-dessus expliquées » (1).

La même solution était étendue aux enfants de l'indigne, et l'on décidait qu'ils ne pouvaient bénéficier de la représentation lorsque l'indigne avait survécu au défunt, mais qu'ils avaient cette faculté quand l'indigne était prédécédé. Enfin, on demandait si les enfants de la fille qui, en se mariant, avait renoncé à la succession de son père, pouvaient la représenter ? Ils ne le pouvaient certainement pas, lorsqu'elle était vivante au décès de leur aïeul ; cela, en vertu de la règle générale qu'on ne peut représenter un vivant ; d'ailleurs la représentation aurait été illusoire, si la fille avait pu, par l'intermédiaire de ses enfants, profiter de la part à laquelle elle avait renoncé.

Mais que décider, lorsque la fille mariée était morte avant le père ou la mère à la succession de qui elle avait renoncé ? Dumoulin, dans cette hypothèse, admettait les enfants à représenter leur mère, et il disait que la renonciation de leur mère était inopérante à leur égard, parce qu'elle n'avait pu renoncer que pour elle et non pour ses enfants. Ceux-ci, en venant à la succession de leur aïeul, ne tiennent pas de leur mère la part qu'ils en recueillent : « Factum matris filios non ligat quia mater non potuit renuntiare pro filiis sed pro se tantum ». Mais l'opinion de Dumoulin ne fut pas sui-

(1) *Successions*, p. 108.

vie ; deux arrêts du Parlement de Paris de 1564 et 1569 donnèrent tort à Dumoulin, et Louet et Brodeau qui les rapportent, disent, ainsi que Lebrun, que ces arrêts ont fixé la jurisprudence. Pothier trouve cette solution à l'abri de toute critique ; pour lui, ces renonciations sont de véritables lois de famille, qui doivent avoir, comme toute loi, un effet perpétuel et ne pas se borner à la fille qui a renoncé. La condition de ses descendants doit être du même coup réglée par rapport à la succession de l'aïeul.

La même solution doit être étendue aux enfants des filles dotées que certaines Coutumes (Auvergne, Bourgogne, Tours, etc.) excluent de la succession de leurs père ou mère en vue de conserver le patrimoine intégral aux descendants mâles.

SECTION III

Quels sont les héritiers qui peuvent invoquer la représentation ?

Il faut examiner cette question, d'abord pour la Coutume de Paris, ensuite pour les autres Coutumes, dans lesquelles régnait une grande diversité, à notre point de vue.

Dans la Coutume de Paris, d'abord, l'article 319 admettait la représentation à l'infini en ligne directe descendante ; les petits-enfants peuvent représenter leur père, leur aïeul, leur bisaïeul, etc. ; on exigeait

seulement que les petits-enfants ne fussent pas personnellement incapables de succéder ; il n'était pas nécessaire qu'ils fussent héritiers de celui qu'ils prétendaient représenter ; car tous sont les ayants cause directs de l'auteur commun (Cout. Paris, art. 308 ; Cout. Orléans, art. 307). Toutefois, en appelant à la succession du défunt ses descendants, la coutume observait entre eux la règle de la priorité du degré ; le fils ou la fille du représenté arrivait avant les descendants de ce fils ou de cette fille. Sous l'influence de la tradition romaine, la Coutume de Paris, imitée sur ce point par toutes les autres, n'avait pas admis la représentation en ligne directe ascendante : le père exclut l'aïeul, celui-ci le bisaïeul, etc. : « Il serait contre nature, écrit Ricard, qu'un ascendant représente son inférieur » (1).

Il n'y a pas à insister davantage sur la représentation en ligne directe ; occupons-nous maintenant de la représentation en ligne collatérale. La Coutume de Paris l'avait acceptée (art. 320), mais seulement en faveur des neveux et nièces ; c'était là une dérogation à la règle que les collatéraux les plus proches excluent les plus éloignés. D'après l'article 320, la représentation a lieu quand les neveux et nièces viennent à la succession de leur oncle et tante avec les frères ou sœurs du *de cujus*.

La représentation en ligne collatérale produisait-elle des effets aussi énergiques que ceux de la représenta-

(1) *Traité de la représentation*, ch. VIII, § 64.

tion en ligne directe et permettait-elle à une fille représentant son père, pour succéder à l'oncle, de faire valoir le droit d'aînesse qui aurait appartenu à son père en présence de frères du défunt ? Pothier rapporte que, dans le silence de la Coutume de Paris, cette question avait été jugée dans des sens différents ; elle avait été tranchée en faveur de la nièce par des arrêts du Parlement de Paris de 1631 et 1658 ; mais un arrêt de 1663 avait adopté l'opinion inverse (1). Pour Pothier, le représentant, succédant non seulement au degré, mais encore à tous les avantages personnels du représenté, devait bénéficier, le cas échéant, du droit d'aînesse, sans qu'il y eut lieu de s'arrêter au sexe du représentant ni de s'inquiéter de la ligne, directe ou collatérale, dans laquelle fonctionnait la représentation.

Que décider, si tous les frères et sœurs du défunt sont prédécédés laissant chacun des enfants ? Ceux-ci n'ont plus besoin du secours de la représentation et ils succèdent *jure suo* ; mais comment vont-ils partager, par têtes ou par souche ? La Nouvelle 118 de Justinien, qui, pour cette hypothèse, admettait le partage par souche en ligne directe, ne s'était pas prononcée au sujet de la ligne collatérale, et une controverse régnait à cet égard entre les glossateurs : Azon admettait le partage par têtes, et, en 1529, Charles-Quint, aux Etats d'Allemagne, avait arrêté que les neveux succéderaient par têtes,

(1) Pothier, *Successions*, p. 242 et 243.

conformément à la doctrine d'Azon (1). Cependant, la question fut soulevée de nouveau au sujet de l'article 306 de la Coutume du Bourbonnais, et Dumoulin se rallia à l'opinion d'Accurse, pour qui le partage devait s'opérer par souche, et un arrêt fut rendu en ce sens le 18 juillet 1551 ; le partage par souches fut encore confirmé par un arrêt du 14 août 1587 ; mais un revirement de jurisprudence s'était produit dans l'intervalle : le Parlement de Paris décida, le 15 mars 1559, que les neveux qui ne se trouveraient pas en concours avec des oncles et tantes devaient succéder par têtes, et cette doctrine fut consacrée par l'article 339 de la Coutume de Paris, réformée en 1580 : « L'oncle et le neveu du défunt qui n'a délaissé ni frère ni sœur succèdent également comme étant au même degré et sans qu'au dit cas il y ait lieu à représentation. » La représentation à l'effet de partager ne fut pas admise dans cette hypothèse, parce qu'en ligne collatérale le but de la représentation n'est pas de maintenir l'égalité, comme en ligne directe, mais de permettre à des neveux, par faveur personnelle, de succéder. « La représentation en ligne collatérale, déclare Pothier (2), ne doit avoir lieu que lorsqu'il se trouve lors du décès quelque frère ou sœur du défunt qui pourrait exclure les neveux ; quand il ne s'en trouve point, il n'y a point lieu à la représentation. Les neveux issus de différents frères ou sœurs succè-

(1) Laurière, *Cout. de la Prévôté et vicomté de Paris*, t. III, p. 87.

(2) *Successions*, p. 253.

dent, en ce cas, de leur chef, comme étant les plus proches parents, et partagent la succession en autant de parts qu'ils sont de personnes. »

La représentation n'était admise que pour permettre aux neveux de succéder à un oncle en montant dans le degré de leur père ; mais elle ne pouvait leur servir pour arriver à la succession d'un cousin germain ; en effet, d'après l'article 338 de la nouvelle Coutume de Paris, « l'oncle exclut le neveu dans la succession au cousin germain ». Le principe de dévolution étant que la succession est déférée au plus proche héritier de la ligne collatérale, l'oncle, qui vient au troisième degré, doit exclure le cousin germain qui n'arrive qu'au quatrième, attendu que la représentation n'est pas admise pour permettre au cousin de succéder à son cousin en représentant son père.

Les autres Coutumes pouvaient, sur la question de savoir quels héritiers sont appelés à bénéficier de la représentation, se répartir en quatre groupes.

Dans un premier groupe, figuraient les coutumes, qui, tout en admettant la représentation en ligne directe, la rejetaient en ligne collatérale ; dans ce groupe figurait la Coutume de Blois (art. 138 et 139, ch. II : « Représentation aura lieu dorénavant en ligne directe, soit qu'elle soit accordée ou non ; mais en collatérale n'aura lieu si elle n'a été accordée par celui ou ceux de la succession desquels est question »). La Coutume de Clermont, (tit. XII, art. 15) et la Coutume de Lille

(tit. I, art. 16) écartaient également la représentation en ligne collatérale.

D'après la *Coutume de Senlis* (tit. VII, art. 139) : « En toute succession de ligne directe, représentation a lieu ; c'est à savoir la fille ou fils du frère représenteront leur père trépassé, à l'encontre de leur oncle ou tante, en la succession de leur ayeul ou ayeule. En ligne collatérale, représentation n'a point de lieu. » Une disposition analogue se retrouve dans la *Coutume de Clermont* (titre XII, art. 155 : « Représentation aura lieu en ligne directe et non en collatérale » (1). La *Coutume de Cambrai* porte que « Représentation en succession aura lieu pour l'avenir en ligne directe tant en fief mais fermes que meubles » (25-25 ; Guenoys, *ibid.*).

Dans un deuxième groupe, se rencontrent les Coutumes (les plus nombreuses) qui, à l'exemple de celle de Paris, admettaient la représentation en ligne collatérale dans les termes des Nouvelles 118 et 127, c'est-à-dire au profit des enfants des frères et sœurs prédécédés du *de cujus* en concours avec des frères et sœurs survivants ; citons la Coutume d'Angoumois, ch. VII, art. 83 : « En fait de successions, soit roturières ou nobles, représentation a lieu comme de droit » (c'est-à-dire selon le droit civil conformément aux Nouvelles). D'après la Coutume de Bretagne, tit. XXIII, art. 592 : « en toutes successions, directes ou collatérales, repré-

(1) Cf. *Conférence* de Guenoys, p. 720 et s.

sensation a lieu, soit que les neveux concourent avec leurs oncles ou les neveux ou cousins entre eux, et auront les enfants la portion que leur père eut recueillie et la départiront entre eux tête à tête. » La représentation était admise dans les mêmes termes dans la Coutume de Saintonge (art. 8). La Coutume de Montfort-l'Amaury limitait, comme celle de Paris, la représentation collatérale au deuxième degré, c'est-à-dire aux neveux et nièces (art. 104). Même disposition dans la Coutume de Calais (tit. VII, art. 110) : « Et viennent les enfants représentant leurs père et mère en la succession de leurs ayeuls ou ayeules, par souche et non par têtes, soit avec leurs oncles ou leurs cousins germains, iceux oncles prédécédés » (Guénoys, *ibid.*). De plus, la solution de l'article 338 de la Coutume réformée de Paris, d'après lequel, au cas où un oncle ou un cousin germain concourent ensemble dans une succession, la priorité appartient à l'oncle, s'appliquait dans la Coutume de Montfort-l'Amaury (1).

Citons encore, dans cette catégorie de Coutumes, celle de *Laon* : « Représentation a lieu en ligne directe infiniment tant en fief qu'en roture ; et viennent les enfants en la succession de leur ayeul ou ayeule par souche et non par têtes, soit avec leurs oncles et leurs cousins germains, iceux oncles prédécédés. Enfants de plusieurs frères et sœurs viennent à la succession de leur oncle

(1) Arrêt d'avril 1604 ; Lorin, *Le droit successoral de la Coutume de Montfort-l'Amaury*, Thèse, Paris, 1906, p. 147.

ou tante par représentation de leur père ou mère, avec leurs autres oncles et tantes, par souche et non par têtes » (tit. VIII, art. 74) ; « Représentation a lieu en ligne directe comme en ligne collatérale tant en fiefs que roture, en la manière devant dit » (tit. XVI, art. 154 ; Guénoys, *ibid.*). Aux termes de la *Coutume de Noyon* (tit. XV), « en ligne directe, représentation a lieu infiniment tant pour les fiefs, roture qu'autres biens. En ligne collatérale, a lieu jusqu'aux enfants des frères inclusivement » (Guénoys, *ibid.*). Selon la *Coutume de St-Omer* (tit. I, art. 2) : « Représentation a lieu en successions mobilières et héritages cottiers en telle manière que les neveux ou nièces succèdent et représentent leur père ou mère ès-succession de leur grand-père ou mère, oncle ou tante ; et n'a représentation lieu en plus lointain degré » (Guénoys, *ibid.*).

On disait, à l'occasion des Coutumes du deuxième groupe, que la représentation acceptée par elles était la représentation *intra terminos juris*, c'est-à-dire telle qu'elle avait été consacrée par le droit romain (Nouvelle 118).

Un troisième groupe comprenait les Coutumes qui allaient plus loin que la Nouvelle 118, et qui reconnaissaient la représentation à l'infini, aussi bien en ligne collatérale qu'en ligne directe : c'était la représentation appelée *extra terminos juris*. Il en était ainsi en Auvergne : « Représentation a lieu tant en droite ligne qu'en collatérale » (tit. 12, art. 9). D'après l'article 225,

titre 12, de la Coutume d'Anjou : « Entre toutes successions soit nobles ou roturières, représentation a lieu aux dits pays, tant comme l'on peut trouver, nommer et montrer le lignage. » La même disposition se retrouve dans l'article 287, titre 25, de la Coutume de Tours ; dans l'article 277, titre 6, de la Coutume du Poitou. D'après la Coutume du Grand'Perche, réformée en 1558, le neveu du défunt, ses enfants et même ses petits-enfants excluent toujours leur grand-oncle (1). La *Coutume de Valenciennes* décidait que « représentation a lieu tant en ligne directe que collatérale » (art. 16). Les *Coutumes d'Armentières* (tit. 9, art. 101) et d'*Aire* admettaient la représentation avec la même largeur.

Ces Coutumes où la représentation a lieu *extra terminos juris* s'inspirent d'une idée due à la tradition romaine : elles ont pour but de maintenir l'égalité entre les divers parents de la ligne collatérale et la représentation fonctionne toujours à l'effet soit de partager, soit de succéder. D'autre part, le représentant succède à tous les droits et prérogatives que pouvait revendiquer le représenté. La représentation s'applique, quel que soit l'intervalle qui sépare le représentant du représenté. La succession en ligne collatérale est déferée d'abord aux frères et sœurs du *de cujus*, puis aux descendants des frères et sœurs prédécédés, qui prennent dans la

(1) Guitton, *Le Droit successoral des Coutumes du Grand'Perche*, Thèse, Paris, 1906, p. 112.

succession une part égale à celle que le représenté eût prélevée, s'il avait vécu. A défaut de frères ou sœurs ou de descendants d'eux, l'hérédité passe aux oncles ou tantes du défunt et à tous les descendants des oncles ou tantes prédécédés, etc.

En définitive, dans les Coutumes dont il s'agit, tous les descendants, à quelque degré qu'ils se trouvent d'un collatéral d'un défunt, excluront toujours les collatéraux plus éloignés que le *de cujus*, même plus rapprochés d'eux que la personne dont la succession s'est ouverte. L'oncle du défunt, par exemple, sera toujours exclu par le neveu ou le petit-neveu du défunt invoquant la représentation. Pothier explique que « l'esprit de ces Coutumes, qui ont admis la représentation à l'infini, étant de conserver l'égalité entre les lignes, comme dans la succession en directe, les mêmes principes qui ont lieu pour la représentation en directe ont lieu pour cette représentation en collatérale » (1).

Ce système est donc analogue aux parentèles du droit germanique où l'on appelle successivement chaque parentèle, la parentèle la plus proche excluant la parentèle la plus éloignée. Toutefois, entre les deux systèmes successoraux, des différences s'aperçoivent :

1° De ces systèmes, le plus ancien est assurément celui des parentèles. Tandis que les Germains connais-

(1) *Des Successions*, éd. Barrois, chap. II, art. 1^{er}, sect. III, § 2, p. 262.

saient ce mode de dévolution, ils ignoraient complètement la représentation (1).

2° Les parentèles et la représentation n'ont pas la même origine. La représentation est une conception romaine ; le système des parentèles s'est formé sur la terre germanique ; c'est pour ce motif que les pays coutumiers, surtout dans le Nord de la France, ont été si longtemps opposés à la représentation (Lebrun, *Successions*, liv. III, ch. v, sect. II, n° 2 ; Lebrun remarque que « tant plus les Coutumes tirent au Nord, tant plus elles sont opposées au droit de représentation »).

3° Dans le système des parentèles, le plus proche parent de chaque parentèle succède seul ; au contraire, avec la représentation, tous les individus appartenant à la même parentèle succèdent et partagent par souche. C'est que la conception des parentèles n'est pas, comme la représentation, fondée sur un sentiment de justice et d'égalité.

Enfin, un quatrième groupe de Coutumes comprenait celles qualifiées d'hétéroclites, parce que la représentation y était soumise à des règles qui variaient suivant la nature des biens et la qualité des personnes : « Ces Coutumes n'admettaient la représentation que pour une certaine nature de biens et pour des personnes de certaine qualité et la rejetaient pour les autres » (2). Il en était ainsi dans la Coutume de Reims

(1) Tacite, *de Germania*, ch. xx.

(2) Guiné, *De la représentation*, p. 166.

« où la représentation a lieu tant en ligne directe que collatérale, infiniment quant aux rotures ; quant aux fiefs, représentation en ligne directe a aussi lieu indéfiniment, et en ligne collatérale jusqu'aux enfants seulement » (tit. 2, art. 309). L'article 2, titre 24, de la Coutume de Tournay portait que « représentation a lieu en ligne directe, excepté ès fiefs, mais non pas en ligne collatérale ». En Normandie, la Coutume admettait la représentation pour les propres jusqu'au septième degré. Au contraire, pour les meubles et acquêts immeubles, elle suivait le principe de la proximité du degré, corrigé par l'admission de la représentation à l'infini en ligne directe et jusqu'au premier degré seulement en ligne collatérale (art. 238 et 304 de la Coutume réformée, éd. de 1654). Une disposition analogue se retrouvait dans la Coutume de Saint-Jean-d'Angely, avec cette différence toutefois que, pour les propres, la représentation en ligne directe s'exerçait à l'infini et ne s'arrêtait pas au septième degré. La Coutume du Nivernais (ch. xxxiv, art. 13) admettait la représentation *intra terminos juris* pour les immeubles roturiers comme féodaux, mais elle l'écartait pour les meubles.

En résumé, la diversité des Coutumes en matière de représentation successorale était extrême, et il ne faut pas s'étonner qu'elle ait inspiré à Ricard la réflexion suivante : « C'est le mélange de notre droit qui fait souhaiter il y a longtemps, à tous les savants et expéri-

mentés dans les affaires, qu'il plaise à Sa Majesté assembler des personnes suffisantes pour faire un droit général dans toute la France » (1). Il en résultait un grand nombre de procès que déploraient tous les jurisconsultes. Dumoulin réclamait aussi l'unification du droit coutumier, et le président De Lamoignon, qui rêvait d'établir l'unité du droit français, avait consacré les articles suivants à la représentation, dans son projet de Coutume unique.

« ART. 20. — En ligne directe la représentation a lieu indéfiniment en quelque degré que ce soit.

« ART. 21. — Représentation n'a point lieu à l'égard des ascendants, en telle sorte que, quand il y a un ascendant plus proche, l'ascendant plus éloigné en degré ne succède pas.

« ART. 22. — En ligne collatérale, représentation a lieu quand les neveux et nièces au premier degré viennent à la succession de leur oncle ou tante avec les frères et sœurs du décédé.

« ART. 23. — Mais si les neveux et nièces en semblables degrés viennent de leur chef et non par représentation, ils succèdent par têtes et non par souche, tellement que l'un ne prend non plus que l'autre.

ART. 24. — Demeureront abrogées toutes les Coutumes qui rejettent la représentation en ligne collatérale au premier degré des neveux et nièces et celles qui

(1) *Traité de la représentation*, ch. VIII, n° 62.

l'étendent aux degrés les plus éloignés. On ne représente jamais les personnes vivantes, mais celles qui sont mortes naturellement ou civilement » (1).

Dans ce projet, Lamoignon s'inspirait visiblement de la tradition romaine et des règles contenues dans les Nouvelles 118 et 127.

SECTION IV

Des effets de la représentation.

La représentation, conçue par le droit coutumier comme une fiction, a pour effet de rapprocher le représentant du *de cujus*. Elle le fait entrer dans le degré du représenté et elle lui attribue tous les droits que le représenté aurait exercés s'il n'était pas prédécédé. La représentation, en effet, fondée sur l'affection présumée du défunt pour les enfants issus de son fils ou de son frère a pour résultat de leur conférer des droits analogues à ceux qu'auraient eus ces derniers. Le représentant ne peut avoir que la part qui serait revenue à son père ou à sa mère ; il ne doit jamais avoir plus.

Ce fondement explique les deux effets principaux de la représentation : le partage par souche et l'obligation du rapport.

1° Le partage par souche est une règle capitale qui dérive de la représentation. Dans l'hypothèse où, avant

(1) *Recueil des arrêtés de Lamoignon*, V^e partie, tit. XLI.

d'avoir recueilli la succession de son père, un fils meurt laissant trois enfants vivants qui se trouvent en concours, lors de l'ouverture de la succession de l'aïeul, avec deux oncles, les trois petits-fils venant par représentation à la succession ne prendront pas le cinquième de celle-ci ; la masse héréditaire sera divisée en trois portions, et les enfants du représenté ne prendront à eux tous que la part qui serait revenue à leur père, c'est-à-dire qu'ils se répartiront le tiers de la succession totale, leurs deux oncles prélevant chacun un tiers.

Dans l'hypothèse où, les enfants du défunt étant tous prédécédés, leurs petits-fils viendraient à la succession, la représentation à l'effet de partager s'appliquerait et la division des biens s'opérerait par souche. Toutefois, dans la majorité des Coutumes, la solution serait différente en ligne collatérale, et, dans l'hypothèse où tous les oncles seraient prédécédés, les neveux, arrivant à la succession de leur chef, partageraient entre eux par têtes et non par souche (Nous savons que, par exception, dans certaines Coutumes, et notamment dans celle du Grand'Perche, la répartition par souche était suivie même en ligne collatérale) (1).

2° L'idée d'après laquelle la représentation est une fiction entraîne une autre conséquence : le représentant est censé exercer les droits du représenté ; il ne peut donc prélever sur la succession que la part même qu'aurait eue son père ou sa mère, s'il eût survécu, et il lui

(1) Cf. Guittou, thèse, p. 412.

est interdit de prendre davantage ; en conséquence, si le fils prédécédé a reçu du défunt une donation ou un legs en avancement d'hoirie, ses enfants, qui le représentent à la succession de l'aïeul, sont obligés de précompter ou de rapporter les libéralités dont leur père avait été gratifié par le *de cuius*. Peu importe qu'ils aient renoncé à la succession du donataire, puisqu'ils ne sont pas débiteurs personnels de ce rapport et qu'ils ne sont tenus de l'accomplir qu'au lieu et place de leur père ou mère qu'ils représentent. Pothier énonce cette règle d'une manière absolue : « Lorsque des petits-enfants viennent à la succession de leur aïeul par représentation de leur père ou mère, ils doivent rapporter tout ce qui a été donné ou prêté à leur père ou mère par l'aïeul à la succession duquel ils viennent. La raison en est bien évidente. Des représentants ne peuvent pas avoir plus de droits dans une succession que la personne qu'ils représentent et du chef de laquelle ils viennent ; ils ne doivent pas plus prendre dans la succession que cette personne y aurait pris ; ils doivent être obligés au même rapport auquel cette personne aurait été obligée (1). » Le rapport était imposé au représentant, qui ne pouvait s'y soustraire en alléguant qu'il n'avait tiré aucun profit personnel de la libéralité ; peu importait que la somme donnée eût été dissipée ou qu'elle se retrouvât dans le patrimoine du gratifié ; dans les deux cas, le donataire aurait été tenu du rapport, et le repré-

(1) *Successions*, p. 473.

sentant, qui prenait sa place, assumait la même obligation. C'était là d'ailleurs une règle consacrée par les Coutumes (art. 308 des Coutumes de Paris, art. 307 des Coutumes d'Orléans).

L'obligation du rapport imposée au représentant ne comportait aucune exception ; ainsi, dans l'hypothèse où une fille avait renoncé par contrat de mariage, moyennant une dot modique, à la succession de son père, en faveur du frère aîné, celui-ci, succédant à sa place et prenant une portion héréditaire, recueillait aussi l'obligation à laquelle la fille aurait été assujettie si elle n'avait pas renoncé, et devait rapporter la dot constituée à cette dernière (1).

Cette obligation du rapport, incombant au représentant à raison des libéralités adressées au représenté, se rattache étroitement au principe d'égalité entre les enfants ou entre les souches issues d'eux. La représentation, malgré les résistances de la féodalité, qui redoutait la décomposition du patrimoine engendrée par cette institution, put librement s'épanouir ; ce fut le triomphe de la famille fondée sur l'affection naturelle et la disparition progressive de la famille féodale basée sur la conception d'un groupe étroit de parents destinés à perpétuer, sans l'amoinvrir, le patrimoine recueilli des ancêtres. La représentation, amenant l'émiettement des fortunes, a été l'une des causes de la chute de l'ancien régime.

(1) Pothier, *Successions*, ch. iv, art. 2, § 4, p. 475.

CONCLUSION

LA REPRÉSENTATION SOUS LA RÉVOLUTION ET DANS LE CODE CIVIL.

Que devint, sous la Révolution, l'organisation successorale de l'ancien régime, et, en particulier, la théorie de la représentation ? (1).

Il y avait des parties de notre ancienne législation successorale qui devaient nécessairement disparaître, parce qu'elles se trouvaient en contradiction avec les principes nouveaux et fondamentaux du droit public de la Révolution. La distinction des biens en biens nobles et roturiers, le privilège d'aînesse ou de masculinité n'ont pu subsister sous un régime qui proclamait l'égalité des personnes et des biens. Quant à la distinction des propres et des acquêts, qui était capitale jadis, elle n'était pas nettement en contradiction avec les principes de la Révolution, car elle n'emportait ni privilège ni différence fondés sur un rapport féodal ; seulement, d'une part, elle amenait une complication extrême dans la dévolution et le règlement de la propriété ; d'autre part, elle nécessitait la recherche de l'origine des biens.

(1) Cf. Sagnac, *La législation civile de la Révolution*, Paris, 1899 ; Aron, *La législation successorale de la Révolution*, Paris, 1902.

Finalement, cette règle était favorable à la conservation de l'esprit de famille dans un sens aristocratique et elle se trouvait peu en harmonie avec les idées de la société nouvelle. Le principal but poursuivi par la Révolution a été de balayer tout ce qui portait la trace de l'ancien régime, et de fonder les droits sur des titres nouveaux. En conséquence, elle devait tendre à unifier la propriété et le régime successoral.

Aussi le premier acte révolutionnaire a-t-il été dirigé contre les différences établies entre successibles du même degré : toutes les inégalités ont été supprimées entre eux par la loi des 8-14 avril 1791, rendue sur la proposition de Merlin, et dont l'article 1^{er} porte ce qui suit : « Toute inégalité ci-devant résultant, entre les héritiers *ab intestat*, des qualités d'aîné et de puîné, de la distinction des sexes, des exclusions coutumières, soit en ligne directe soit en ligne collatérale, sont abolies. » D'autre part, la loi du 17 nivôse an II réalise une réforme importante déjà proposée par Merlin : la suppression de la distinction des propres et des acquêts, et, par voie de conséquence, de la règle *paterna paternis, materna maternis*. Cette loi ne reconnaît, pour la transmission des biens, aucune différence de nature ou d'origine.

Ces réformes s'imposaient dans une société nouvelle où l'on cherchait la simplification de la propriété et de la dévolution successorale ; c'est l'œuvre durable de la Révolution ; mais l'œuvre, à ce point de vue, a un ca-

ractère plutôt négatif que positif. En tout cas, autant la partie négative a produit de résultats durables, autant a été fragile et peu stable la partie positive relative à la nouvelle dévolution des patrimoines. L'œuvre constructive de la Révolution en cette matière répond à une conception *a priori* : le législateur a improvisé d'après une conception abstraite, et, parti de principes philosophiques, il a édifié son système par déduction, sans observer les faits ni les mœurs. La législation élaborée par les assemblées révolutionnaires n'est pas faite pour une société existante, car ses auteurs n'ont pas regardé la société telle qu'elle est ; ils ont légiféré pour une société idéale dont ils auraient souhaité la réalisation. L'impuissance de l'œuvre révolutionnaire se révèle par le nombre des lois qui se sont si rapidement succédé, se corrigeant les unes les autres, et cherchant à atténuer les défauts d'un texte improvisé la veille.

La loi des 8-14 avril 1791 avait décidé que, sans effet rétroactif « la représentation aura lieu à l'infini en ligne directe descendante, dans toutes les coutumes, savoir : dans celles qui la rejettent indéfiniment, à compter du jour de la publication du présent décret, et dans celles qui la rejettent seulement pour les personnes et les biens ci-devant nobles, à compter du jour de la publication du décret du 15 mars 1790 » (art. 2). Le législateur cherche, en effet, à ce que l'égalité entre les enfants dans la succession soit établie d'une manière absolue ; il ne

faut pas que l'égalité puisse être rompue par le hasard d'un décès. Par là est évitée aussi la concentration de la fortune qui résulterait de l'attribution de tout le patrimoine du défunt à ses frères survivants ; un plus grand nombre de personnes sont appelées à être propriétaires ; cette mesure se trouve d'ailleurs en harmonie avec la conception générale du droit révolutionnaire, qui est porté à favoriser surtout les générations nouvelles ; celles-ci sont l'espoir de la République, puisqu'elles n'ont pas de traditions anciennes à abandonner. Mirabeau voyait dans l'égalité des partages et l'admission de la représentation à l'infini la source de tous les progrès ; ces réformes sont « liées avec les moyens d'encourager les mariages, d'accroître la population, d'augmenter le nombre des propriétés foncières, comme elles tiennent au moyen d'entretenir cette égalité générale qui est un des principes de la Constitution » (1).

Mais, si la consécration de la représentation à l'infini en ligne directe a été une des réformes heureuses de la Révolution, on ne saurait porter le même jugement sur la loi du 17 nivôse an II, qui réglementa particulièrement les successions. Cette loi est manifestement l'œuvre de sectaires qui se croient sûrs de leur infaillibilité et qui, d'une conception personnelle, déduisent tout un plan d'organisation. Dans la dévolution héréditaire, la loi de nivôse n'adopte pas une classification absolument

(1) *Discours de Mirabeau lu à la Constituante*, le 2 avril 1791, *Archives parlementaires*, t. XXIV, p. 510.

conforme à l'ordre des parents dans la famille naturelle ; elle ne tient pas compte uniquement de la qualité de la parenté et de la proximité du degré ; elle cherche à établir le régime des successions de manière à réaliser une fin politique ; elle s'en sert comme d'un instrument en vue d'arriver à un certain état social que le législateur croit conforme aux principes nouveaux (1).

Les traits saillants de ce régime sont les suivants : il y a d'abord prédominance des collatéraux sur les ascendants ; la loi cherche à faire usage de la dévolution successorale pour morceler les héritages et arriver au nivellement des fortunes en multipliant le nombre des partages et celui des prenants part ; ce but est obtenu par des procédés juridiques qui ressemblent à des institutions très anciennes et qui constituent un retour vers un état primitif. La classification organisée par la loi de nivôse rappelle à peu près trait pour trait le système des parentèles germaniques, où l'ordre des parents correspond à un groupe de cercles qui vont en s'élargissant : le premier comprend le défunt et ceux qui descendent directement de lui (enfants et petits-enfants) ; le deuxième contient tous ceux qui descendent avec le défunt de son auteur le plus proche, c'est-à-dire du père ou de la mère du défunt, soit ses frères ou sœurs et descendants d'eux à l'infini ; le troisième cercle prend son point de départ chez l'auteur antérieur, c'est-à-dire

(1) Cf. Vallier, *Le fondement du droit successoral en droit français*, Thèse, Paris, 1902, n° 257.

chez le grand-père ou la grand-mère et embrasse tous ceux qui en descendent.

En résumé, c'est toujours par rapport à un auteur, soit le défunt et ses descendants, soit le père du défunt et ses descendants. etc., que sont réglées les relations de parenté produisant la dévolution héréditaire.

La loi de nivôse appelle à la succession d'abord les parents compris dans le premier cercle, c'est-à-dire les enfants et les descendants à l'infini. A degré égal, ils partagent tous également ; en cas de représentation, qui est admise en ligne directe à l'infini, ils partagent par souche. Sur ce point, l'ordre légal suit l'ordre naturel, en ce qui touche la représentation en ligne directe descendante, et n'offre aucune différence avec le système de la plupart des Coutumes.

Mais, à défaut d'enfants, commencent les différences avec les législations du passé : ce sont les collatéraux descendant du père, c'est-à-dire faisant partie du second cercle, qui excluent tous les autres collatéraux, même plus proches en degré (art. 77). L'ascendant est toujours exclu par le collatéral qui descend de lui ; les frères, sœurs, nièces et neveux du défunt priment les père et mère ; les cousins germains priment les grands-pères. Le motif de cette disposition a été donné dans la discussion : elle a paru un excellent moyen de battre en brèche le despotisme paternel et d'amener une division rapide des fortunes. Dans chaque cercle, la représentation est admise à l'infini ; la vocation héréditaire est

illimitée ; la loi de Nivôse n'a pas, comme le Code civil, restreint la faculté de succéder au douzième degré ; tant que la parenté peut se prouver, le droit héréditaire et la représentation existent. Là encore s'aperçoit manifestement l'esprit de la loi, qui est de multiplier le morcellement des fortunes, d'accroître sans cesse le nombre des parties prenantes. L'article 77 édicte que « la représentation a lieu à l'infini en ligne collatérale ; ceux qui descendent des ascendants les plus proches du défunt excluent ceux qui descendent des ascendants plus éloignés de la même ligne ».

Le but politique ainsi poursuivi par la loi est accentué encore par le caractère de rétroactivité imprimé à ses dispositions, qui sont déclarées obligatoires à partir du 14 juillet 1789.

En outre, la liquidation des successions devient très compliquée ; c'est un des défauts les plus graves de la loi du 17 nivôse an II ; ses auteurs se soucient fort peu des besoins de la pratique des affaires et redoutent avant tout de détourner la loi de sa fin propre, qui est le but social, auquel elle doit servir. Il est facile de se rendre compte du morcellement des propriétés auquel aboutit l'admission de la représentation à l'infini, même en ligne collatérale : si l'on suppose qu'une personne meure sans enfant, ni père, ni frère, ni neveu, mais ayant trois oncles, dont l'un, Primus est vivant ; l'autre, Secundus prédécédé, a laissé deux enfants, et le troisième, Tertius, prédécédé également, laisse quatre petits-enfants

d'un fils mort antérieurement ; la représentation en ligne collatérale à l'infini va aboutir au résultat suivant : les trois oncles ayant droit chacun à un tiers de la succession, qui, par hypothèse, égale 12, Primus aura $4/12$, les enfants de Secundus chacun $2/12$, et les petits-enfants de Tertius chacun $1/12$. Une loi qui consacrer un semblable morcellement de la propriété est exagérée, et funeste à l'exploitation économique des biens.

Aussi cette loi, dès son apparition, souleva contre elle les réclamations les plus violentes ; les pétitions affluèrent à la Convention, et on chercha à réagir à la fois contre l'égalité aveugle qu'elle avait voulu établir entre les héritiers et contre le morcellement du sol engendré par les règles qu'elle avait posées. Le décret du 9 fructidor an III abolit l'état rétroactif de la loi.

Un peu plus tard, le Code civil consacre une réaction complète contre cette loi ; en ce qui concerne la dévolution des successions, ses rédacteurs ont eu le grand mérite de faire abstraction des vues politiques et sociales et de se rallier à un système plus rationnel qui s'inspire à la fois du droit romain, du droit coutumier et du droit intermédiaire. Seule, la tradition féodale est complètement laissée de côté.

Le Code a notamment écarté la préférence donnée par la loi de nivôse aux collatéraux sur les ascendants. A égalité de degré, il admet le partage par têtes, sauf quand il y a représentation. La représentation du Code civil n'est plus celle de la loi de nivôse an II, qui exis-

tail à l'infini, aussi bien en ligne collatérale qu'en ligne directe. Elle est, à peu de différence près, celle qu'organisait déjà la Nouvelle 118, et qui, sous l'ancien régime, avait été acceptée par la majorité des Coutumes, notamment par celles de Paris et d'Orléans. C'est la représentation *intra terminos juris* de l'ancien droit. La conception révolutionnaire de la représentation est définitivement rejetée. Chabot a déclaré au Tribunal que « si l'on admettait la représentation à l'infini, il y aurait presque toujours, pour chaque succession collatérale, un grand nombre d'héritiers, et l'agriculture et le commerce se réclament pour que les biens des successions ne soient pas trop divisés. Appeler à une succession un grand nombre d'héritiers, c'est d'ailleurs ne donner le plus souvent à chacun d'eux que des embarras et des procès » (1).

La limitation apportée à la représentation en vue des intérêts économiques paraît, d'ailleurs, conforme à l'affection présumée du défunt, qui ne se reporte pas également sur tous ses héritiers, et qui est évidemment plus intense envers les plus proches. On limite la représentation en ligne collatérale, parce qu'on remarque que la représentation des collatéraux, poussée trop loin, est contraire au bon sens ; l'affection que ressentait le défunt pour les parents de cet ordre est purement individuelle et ne s'étend pas indifféremment à leurs descendants.

(1) Fenet, t. XII, p. 170.

Conformément à la théorie traditionnelle, les rédacteurs du Code ont considéré, dans l'article 739, que la représentation est une fiction. Mais les auteurs les plus récents (notamment M. Planiol, *Traité*, t. III, p. 524) sont d'accord pour reconnaître que l'idée de fiction est mauvaise en soi, et qu'elle n'a eu d'autre utilité que d'entretenir des controverses déjà vives dans l'ancien droit et de permettre la conservation de règles irrationnelles, comme celle inscrite dans l'article 744, aux termes duquel on ne représente pas les personnes vivantes, en sorte que les enfants d'un héritier renonçant ne peuvent, pas plus aujourd'hui qu'à l'époque des Coutumes, venir en concours avec leurs oncles ou tantes.

Il est certain que l'idée de représentation rattachée à une fiction doit disparaître du Code ; le véritable principe, en cette matière, c'est que chaque souche a un droit égal à la succession : les descendants ont sur la succession de l'aïeul un droit propre, que leur auteur, intermédiaire entre eux et le défunt, n'a pu anéantir par un acte de sa seule volonté, par une renonciation qui est nécessairement personnelle. Il aurait mieux valu admettre que, toutes les fois que l'héritier du premier degré est, pour quelque motif que ce soit, empêché d'arriver à la succession, les héritiers du degré subséquent doivent être appelés par représentation. De cette manière, le groupe à la tête duquel se trouve l'héritier du premier degré recevrait ainsi toujours la même part de succession, sans que celle-ci pût être modifiée par

les hasards des décès, des indignités ou des renoncements. Une réforme qui donnerait satisfaction à ces desiderata ne serait pas une innovation ; elle se bornerait à reprendre, en la développant, la conception consacrée, il y a près de 14 siècles, par la Novelle 118 de l'empereur Justinien.

Vu :

Le Président de la thèse,

CH. LEFEBVRE

Vu :

Le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Les origines de la représentation.	1
CHAPITRE I. — La représentation dans l'ancien droit. — Pays de droit écrit.	23
CHAPITRE II. — La représentation dans les pays coutu- miers avant la rédaction des Coutu- mes.	40
CHAPITRE III. — La représentation dans les pays coutu- miers depuis la rédaction des Cou- tumes.	70
SECTION I. — <i>Date de l'apparition de la représentation dans les pays coutumiers.</i>	86
SECTION II. — <i>Des conditions de la représentation en droit coutumier.</i>	91
SECTION III. — <i>Des héritiers admis à invoquer la représen- tation.</i>	104
SECTION IV. — <i>Des effets de la représentation</i>	117
CONCLUSION. — La représentation sous la Révolution et dans le Code civil	121

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
